Die Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Abkömmlings

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Osterkorn
aus München
Referendar am LG München I.

Approbiert am 9. Juni 1936

1936

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

1936/359

Referent: Univ.-Professor Dr. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung 1

B. Sicherung des Nachlasses durch Anordnung der Nacherbfolge . 3

§ 1. Wesen der Nacherbfolge 3

§ 2. Sicherung des Nachlasses gegen den Zugriff der Gläubiger des Vorerben 4

I. Sicherung der Substanz des Nachlasses gegen die Zwangsvollstreckung 4

1. Allgemeines über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung 4

2. Mittel der Sicherung, wenn die Veräußerung oder Überweisung eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes droht 6

3. Mittel der Sicherung, wenn die Zwangsvollstreckung schon durchgeführt ist 9

4. Rechtslage bei Einverständnis des Vorerben mit der Zwangsvollstreckung 10

5. Rechtslage bei rechtsgeschäftlicher Verpfändung zum Nachlaß gehörender Gegenstände durch den Vorerben 11

6. Rechtslage bei Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, wenn keine Veräußerung oder Überweisung eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes droht . . 12

II. Sicherung der Nutzung des Nachlasses gegen die Zwangsvollstreckung 12

1. Besteht die Möglichkeit der Anwendung des § 850g/ Ziff. 3 ZPO.? 13

2. Besteht die Möglichkeit der Anwendung des Vollstreckungsmißbrauchgesetzes vom 13. 12. 1934 . . 16

III. Nachtrag zu I und II:
Sicherung des Nachlasses gegen die Aufrechnung durch Gläubiger 16

IV. Sicherung des Nachlasses gegen den Arrest . . . 17

V. Sicherung des Nachlasses im Konkurs des Vorerben . 18

§ 3. Sicherung des Nachlasses durch gesetzliche Beschränkungen des Vorerben 22

I. Sicherung zum Nachlaß gehörender Grundstücke . . 22

1. Wenn der Vorerbe im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist 22

2. Wenn der Vorerbe im Grundbuch als Eigentümer nicht eingetragen ist 24

II. Sicherung zum Nachlaß gehörender Rechte an Grundstücken 27

III. Sicherung zum Nachlaß gehörender Hypotheken, Grund- und Rentenschulden bei deren Kündigung . 29

IV. Sicherung des Nachlasses bei unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben 30

V. Sicherung zum Nachlaß gehörender Inhaberpapiere, sowie der ihnen gleichgestellten Papiere und des Bargeldes 32
VI. Sicherung bei Veräußerung des ganzen Erbteils durch den Vorerben 35
§ 4. Mittel des Nacherben zur Sicherung des Nachlasses . . 36
I. Erwähnung des Nacherben im Erbschein 37
II. Sicherung der Immobiliarrechte 38
1. Sicherung der Grundstücke und Rechte an solchen 38
2. Sicherung der Bewirtschaftung von Wäldern, Bergen usw. 39
III. Sicherung von Inhaberpapieren und ihnen gleichgestellten Papieren 40
IV. Sicherungsmaßregeln allgemeiner Art 40
1. Bestandsverzeichnis 40
2. Änderungsverzeichnis 41
3. Zustandsfeststellung durch Sachverständige . . . 41
4. Sicherheitsleistung des Vorerben und Verwaltungsentziehung 41
V. Testamentsvollstreckung nach § 2222 BGB. . . . 43
§ 5. Die zeitlichen Schranken des Erblassers bei Anordnung der Nacherbfolge 44

C. Sicherung des Nachlasses durch Anordnung der Testamentsvollstreckung 46
§ 6. Allgemeines über die Testamentsvollstreckung . . . 46
§ 7. Sicherung des Nachlasses gegen den Zugriff der Gläubiger des Erben 48
I. Sicherung der Substanz des Nachlasses 48
II. Sicherung der Nutzungen des Nachlasses 49
III. Sicherung des Nachlasses gegen die Aufrechnung durch Gläubiger 50
IV. Sicherung des Nachlasses bei Arrest 50
V. Sicherung des Nachlasses im Konkurs des Erben . . 51
§ 8. Stellung des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben und des Testamentsvollstreckers 51
I. Unwirksamkeit der Verfügungen des Erben . . . 51
II. Besitzergreifung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker 53
III. Schutz der im Grundbuch eingetragenen Rechte . . 53
IV. Sicherung des Nachlasses, wenn es dem Erben gelingt, über Nachlaßgegenstände zu verfügen 55
V. Sicherung gegen die Verfügung des Erben über den ganzen Nachlaß 55
VI. Sicherung durch die Haftung des Testamentsvollstreckers 57
§ 9. Die zeitlichen Schranken des Erblassers bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung 57
§ 10. Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung 58
I. Vergleich der Nacherbfolge mit der Testamentsvollstreckung 58
II. Verbindung der Nacherbfolge mit der Testamentsvollstreckung 59

D. Sicherung des Nachlasses durch Enterbung in guter Absicht . 61

Seite

§ 11. Allgemeines über die Enterbung in guter Absicht . . 61
§ 12. Sicherung durch Anordnung der Nacherbfolge . . . 64
I. Eintritt der Wirkung des § 863 ZPO. 64
II. Hindert ein eigenes Vermögen des Abkömmlings die Anwendung des § 863 ZPO. 65
III. Rechtsbehelf, wenn trotz § 863 ZPO. vollstreckt wird 66
IV. Sonstige Wirkungen der Anordnung der Nacherbfolge 67
§ 13. Sicherung durch Anordnung eines Nachvermächtnisses . 67
I. Allgemeines über das Nachvermächtnis 67
II. Anwendbarkeit der §§ 159—163 BGB. bei Anordnung eines Nachvermächtnisses 68
III. Stellung der Gläubiger des Abkömmlings 70
1. gegenüber der Substanz des Nachvermächtnisses . 70
2. gegenüber den Nutzungen des Nachvermächtnisses 71
3. Rechtslage bei Arrest 71
IV. Stellung des Abkömmlings 72
V. Mittel zur Sicherung des Nachvermächtnisses durch den Nachvermächtnisnehmer 73
1. Schutz des Nachvermächtnisses durch §§ 160/61 . 73
2. Sicherung des Nachvermächtnisses durch Arrest, einstweilige Verfügung und Vormerkung nach § 883 BGB. 74
VI. Sicherung des Nachvermächtnisses durch Anordnung der Testamentsvollstreckung nach § 2223 BGB. . . 75
VII. Sicherung des Nachvermächtnisses im Konkurs des Vorvermächtnisnehmers 76
VIII. Rechtslage, wenn der Abkömmling auf den Pflichtteil eingesetzt ist 78
IX. Vergleich zwischen Nacherbfolge und Nachvermächtnis 78
§ 14. Sicherung des Nachlasses durch Anordnung der Testamentsvollstreckung 79
§ 15. Verbindung von Testamentsvollstreckung mit der Nacherbfolge bzw. mit dem Nachvermächtnis 80
I. Verbindung der Testamentsvollstreckung mit der Nacherbfolge 81
II. Verbindung der Testamentsvollstreckung mit dem Nachvermächtnis 81
§ 16. Zeitliche Schranken der Enterbung in guter Absicht . . 83

E. Schluß 84

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare:

Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1934, 10. Aufl.

Gebhardt, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 1. Aufl., 1932.

Güthe, Kommentar zur Grundbuchordnung, 5. Aufl., 1929.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung
Bd. I, 6. Aufl., 1931,
Bd. II, 5. Aufl., 1916.

Leonhard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 1912 (Bd.V).

Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., 1932.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1906.

Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1930.

Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Aufl., 1913.

Reichsgerichtsräte Kommentar (Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl., 1935,
Bd. III (Bessau-Schliewen),
Bd. V (Michaelis-Seyffarth).

Reinhard-Müller, Das Zwangsversteigerungsgesetz; Handausgabe, 8. Aufl., 1934.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1933.

Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 5. Aufl., 1931.

Staudinger, (-Herzfelder) 5. Bd., 9. Aufl., 1928,
(-Kober) 3. Bd., 10. Aufl., 1934.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., 1934.

Sydow-Busch-Frantz, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., 1935.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl., 1932.

Lehrbücher und juristische Werke:

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena, 1910, in: „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivil-Prozeßrecht des Deutschen Reiches", 8. Bd.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Breslau 1901 (3. Bd.).

Brand-Schnitzler, Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 5. Aufl., 1931.

Dernburg-Engelmann, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl., 1911 (Bd. 5).

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl., Bd. 3/1. Hälfte 1919, 2. Hälfte 1920.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd.: Das Erbrecht. 8. Bearbeitung, 1930.

Gruchot, Preußisches Erbrecht in den Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage, 1. Bd., 1865.

Hachenburg, Die Einsetzung des Nacherben, Heft 1, zum Studium des

Erbrechts, des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (2. Lesung) 1895.

Hellwig, System des deutschen Zivil-Prozeßrechts, 1912.

Kisch, Grundriß des Deutschen Konkursrechts, 10./11. Aufl., 1932.

Kretzschmar, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1910.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 5, Erbrecht, Bd. 3, Sachenrecht, 1888.

Motive zur Grundbuchordnung (enthalten im „Entwurf einer Grundbuchordnung": amtliche Ausgaben, 1889).

Motive zur Konkursordnung (enthalten in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 2. Legislatur-Periode, II. Session, 1874/75, 4. Bd., S. 1484.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Sachenrecht, 1899.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl., 1907.

Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Rechtsrecht (Sammlung von Reichsgesetzen).

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1899.

Rosenberg (Emil), Die Enterbung aus guter Absicht, in: „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches", Bd. 27, 1917.

Rozyki-Hoewel, Das Grundbuchrecht: Eine systematische Darstellung für die Praxis, 1934.

Schiffner, Der Pflichtteil und die Erbenausgleichung, in: „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches", 3. Heft, 1898.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., 3. Aufl., 1903.

Sturm, Die Lehre vom Testamentsvollstrecker nach dem BGB., 1898.

Dissertationen:

Ahlbrecht, Die Stellung des Vorerben, insbesondere im Prozeß, Diss. Halle, 1902.

Bültmann, Das Nachvermächtnis nach dem BGB., Diss. Leipzig, 1909.

Cappel, Das Verfügungsrecht des Vorerben nach dem BGB., Diss. Leipzig, 1908.

Dresdner, Die Schranken der Verfügungen des Vorerben nach § 2113/ Abs. 2 BGB., Diss. Breslau, 1910.

Eller, Die Pflichtteilsbeschränkungen nach dem bürgerlichen Recht, Diss. Marburg, 1912.

Engel, Die Beschränkungen des Pflichtteilsrechts in guter Absicht nach § 2338 BGB., Diss. Heidelberg, 1909.

Gallus, Die gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben in seinen rechtsgeschäftlichen Verfügungen über Grundbuchrechte, Diss. Heidelberg, 1913.

Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben nach dem deutschen BGB., Diss. Leipzig, 1911.

Kaufmann, Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach dem BGB. Diss. Leipzig, 1908.

Knoepfel, Die zeitlichen Schranken der Verfügungsmacht des Testators im BGB., Diss. Gießen, 1910.

Köbig, Die Beschränkungen des Pflichtteilsrechts in guter Absicht, Diss. Leipzig 1928.

Köpke, Die Rechtsstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach dem BGB., Diss. Jena, 1902.
Michaelsen, Das Anwartschaftsrecht des BGB., Diss. Köln, 1933.
Nickel, Die Vor- und Nacherbschaft nach dem BGB., Diss. Erlangen, 1933.
Ortlieb, Ein Beitrag zur Lehre von dem Verfügungsrecht des Vorerben, Diss. Heidelberg, 1915.
Rauh, Die Stellung des Testamentsvollstreckers nach dem BGB., Diss. Erlangen, 1929.
Reinhard, Die Verfügungsmacht des Vorerben, Diss. Leipzig, 1929.
Röder, Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach dem BGB., Diss. Leipzig, 1905.
Rotschuh, Inwieweit verpflichtet der Testamentsvollstrecker durch seine Rechtshandlungen die Erben und sich selbst, Diss. Rostock, 1919.
Rueff, Die Verfügungsmacht des Vorerben nach dem BGB., Diss. Straßburg, 1912.
Schneider, Das Nachvermächtnis im Recht des BGB., Diss. Gießen, 1909.
Tschiersky, Das Recht des Nacherben, insbesondere seine Vererbung (§ 2108 BGB.), Diss. Heidelberg, 1915.
Volckenborn, Die Pflichtteilsbeschränkung aus guter Absicht (§ 2338 BGB.), Diss. Greifswald, 1927.
Werny, Die Stellung des Testamentsvollstreckers, besonders im Hinblick auf die Auseinandersetzung unter den Miterben, Diss. Leipzig, 1908.
Wolffgarten, Der Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des nichtbefreiten Vorerben, sowie Dritter über die Nachlaßgegenstände der Vorerbschaft nach heutigem bürgerlichen Recht, Diss. Leipzig, 1907.

Aufsätze und Abhandlungen:

Blankmeister, im „Recht" 1901/423 ff.: „Die Maßregeln zum Schutze des Nacherben bei Eintragungen im Grundbuch, welche der Vorerbe ohne Erwirkung seiner eigenen Eintragung bewilligt hat."
Brachvogel, in Gruchots Beiträgen, Bd. 50/64 ff.: „Der befreite Vorerbe und der Beweis der Negative".
Drewes, in Deutscher Juristenzeitung, 1903/198 ff.: „Unanwendbarkeit des § 41 GBO. im Fall der nichtbefreiten Vorerbschaft".
Ebbecke, in Gruchots Beiträgen, Bd. 62 / Nr. 17/558 ff. (insbesondere 564): „Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung".
Kretzschmar, in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 1917/411 ff.: „Kann der Abkömmling bei Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung über den Erbteil verfügen".
Kretzschmar, in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1914 / Nr. 6 / Sp. 556 ff.: „Konkurs des Vorerben".
Kretzschmar, in Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, Bd. 12/1 ff.: „Die Verfügungsmacht des Vorerben".
Kretzschmar, in Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, Bd. 2/713 ff.: „Bericht über die Rechtsprechung des OLG. Dresden, mit Besprechung für die Praxis."
Kretzschmar, im Sächsischen Archiv für Rechtspflege, 1910/289 ff.: Das Nachvermächtnis".
Küntzel, in GruchotsBeiträgen, Bd. 41 / Nr. 19 / S. 583 ff., insbesondere 592: „Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB.".
Marcus, in Juristische Wochenschrift, 1913/1028 ff.: „Einstweilige Verfügung und Zwangsverwaltung".
Meikel, im „Recht", 1905 / Nr. 7 / S. 183 ff.: „Verfügungen des Vorerben und § 41 GBO.".

Sachse, in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1932—301 ff.: „Kann neben einem Vermächtnisnehmer ein Testamentsvollstrecker zur selbständigen Verwaltung der vermachten Gegenstände bestellt werden?"

Salinger, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19/138 ff.: „Die Nacherbfolge nach dem BGB.".

Schimmelbusch, in Archiv für das Zivil- und Strafrecht, der preußischen Rheinprovinz, Bd. 107/45: „Der Tod des Gemeinschuldners".

Semeka, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 35/121 ff.: „Das Wartrecht. Einführung in die moderne Anwartschaftslehre".

Thiesing, in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 94/229 ff.: „Einige Bemerkungen über das Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben".

Weber, in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 1907/241: „Die Verfügungsbeschränkungen und ihre Wirkungen im Grundbuchverkehr".

Wenerberg, in Zeitschrift für das Notariat, für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern, 1917/183 ff.

Entscheidungssammlungen, Zeitungen und Archive:

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Archiv für das Zivil- und Strafrecht der preußischen Rheinprovinz.

Badische Rechtspraxis und Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (= **Bay.ObLG**).

Deutsche Juristen Zeitung (zit. **DJZ**).

Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (zit. **DNV**).

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (zit. **Gruch**).

Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur Juristischen Rundschau (zit. **HRR**).

Juristische Wochenschrift (zit. **JW**).

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Kosten-, Stempel- und Strafsachen von Johow-Ring (zit. **KG**).

Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht (zit. **LZ**).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan-Falkmann (zit. **OLG**).

Das „Recht", Juristisches Zentralblatt für Praktiker.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt von Reichsjustizamt, jetzt Reichsjustizministerium (zit. **RJA**).

Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichtes zu Dresden (zit. **Sächsische Annalen**).

Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, von Warneyer (zit. **WarnE**).

Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. **RG**).

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zit. **Seuff.Bl**).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (zit. **Seuff-Arch**).

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Ergänzungsband).

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, von Lobe (zit. **ZBlFG**).

Zeitschrift für das Notariat für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0162

A.

Einleitung.

Eine Persönlichkeit, die durch Arbeit und Fleiß sich im Laufe ihres Lebens ein kleines oder großes Vermögen erworben hat, ist sich bewußt, daß dieses Vermögen in ihren alten Tagen nicht aufgebracht wird und werden kann, sondern daß ein großer oder der größte Teil davon nach ihrem Tod auf die Nachkommenschaft übergeht.

Es ist kein seltener Fall, daß auf eine Generation, die viel arbeiten mußte und auch viel Erfolg dabei gehabt hat, eine andere Generation folgt, die durch den Erfolg der ersten Generation verweichlicht wurde, das Arbeiten nicht recht gelernt hat, das Geld und seinen verschwenderischen Verbrauch als etwas selbstverständliches ansieht und nicht begreifen kann, daß alles erst verdient sein muß, bevor es genossen werden kann. In solchen Fällen wird sich dann ein Erblasser, welcher der ersten Generation angehört, wenn er in ein Alter kommt, in welchem man auch an etwas anderes als das Irdische denkt, und wenn er erkennt, wie wenig sein oder seine Abkömmlinge ihm nachgeraten sind, Gedanken darüber machen, was nach seinem Tod mit seinem so schwer errungenen Vermögen geschehen wird. Es wird nicht viel Phantasie dazu gehören, anzunehmen, daß der Erblasser davon überzeugt ist, daß sein Vermögen in ganz bedeutend kürzerer Zeit, als er es erworben hat, wieder verloren sein wird. Er weiß, daß er nicht nur für sich gearbeitet hat, er will aber auch nicht nur dafür sein Leben lang gearbeitet haben, daß sein Vermögen schon nach einer Generation wieder zerronnen ist, er will es auch seiner weiteren Nachkommenschaft erhalten wissen. Er wird sich daher veranlaßt sehen, eine letztwillige Verfügung zu treffen, die einen verschwenderischen Verbrauch seines Vermögens so gut wie möglich unterbindet und die Substanz des Nachlasses der Nachkommenschaft sichert. In jeder der im Folgenden besprochenen Möglichkeiten des Erblassers, dieses Ziel zu erreichen, liegt schließlich ein überindividuelles Interesse des Erblassers. Überindividuell deshalb, weil nicht eine einzelne bestimmte Person im Mittelpunkt des Interesses steht, sondern weil der Nachkommenschaft als solcher die Früchte der Arbeit des Erblassers erhalten bleiben sollen. Der verschwenderische Abkömmling hat nicht das Vertrauen des Erblassers, den Nachlaß frei von jeder Beschränkung zu erhalten. Sein Charakter, seine Fähigkeiten und seine Gewohnheiten zeugen nicht dafür, daß er den Nachlaß im Sinne des Erblassers verwalten und nach seinem Tod ihn ungeschmälert wieder an seine Nachkommen weiter geben wird. Ihn in seiner Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis hin-

sichtlich des Nachlasses zu beschränken ist daher der Erblasser gezwungen, wenn er den Nachlaß für seine Nachkommen erhalten wissen will.

Das heutige deutsche Recht gibt dem Erblasser neben anderen unwichtigeren, vor allem drei Beschränkungsmittel in die Hand, welche die Sicherung des Nachlasses gewährleisten können, nämlich die Anordnung der Nacherbfolge, der Testamentsvollstrekkung und die Enterbung in guter Absicht. Diese Reihenfolge entspricht der Anordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches, sie entspricht aber insofern auch dem Maße, in dem die Erhaltung des Nachlasses durch die verschwenderische Veranlagung des Abkömmlings bedroht ist, als die Anordnung der Nacherbfolge den Abkömmling weniger beschränkt als die Anordnung der Testamentsvollstreckung, während die Enterbung in guter Absicht — falls die in § 2338 BGB. einzeln aufgeführten Beschränkungen miteinander verbunden werden — allein die Erreichung des Zieles des Erblassers gewährleisten kann.

B.

Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Abkömmlings.

§ 1.

Wesen der Nacherbfolge.

Die erste Möglichkeit, die Erbschaft gegen die Verschwendung des Abkömmling zu schützen, bietet also, wie eben erwähnt, dem Erblasser das Rechtsinstitut der Nacherbfolge. Bevor jedoch über die Wirkungen des Instituts näher eingegangen wird, ist es nötig, seine Natur etwas zu erörtern. Der Nacherbe ist ein Erbe, der erst Erbe werden soll, nachdem ein anderer Erbe geworden ist. Er ist deshalb aber nicht der Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern der des Erblassers [1]). Man kann bei Eintritt des Erbfalls auch nicht davon sprechen, daß zwei Vollerben, der Vor- und Nacherbe, vorhanden sind, daß also der Nacherbe schon vor Wegfall des Vorerben Erbe ist [2]). Das Recht des Nacherben während des Bestehen der Vorerbschaft ist nur ein Anwartschaftsrecht [3]). Es steht schon über der bloßen Aussicht auf den Erwerb der Erbschaft, da die Aussicht nur vorhanden ist, solange das Entwicklungsstadium des werdenden Rechtes dem Berechtigten, also dem Nacherben, nur eine Stellung verschafft, die ihm willkürlich jederzeit wieder entzogen werden kann [4]). Nach Eintritt des Erbfalles kann aber dem Nacherben sein Recht willkürlich nicht mehr entzogen werden. Das Anwartschaftsrecht des Nacherben wird als ein dingliches Recht angesehen [5]), denn die Wirkungen, die es auslöst, sind nicht nur schuldrechtlicher, sondern wie unten ausgeführt wird, in gewisser Hinsicht auch dinglicher Natur. Das Recht des Nacherben ist eines der machtvollsten Anwartschafts-

---

[1]) RGR-Komm. § 2100 / Anm. 1. a. A.: Hellwig, 1. Teil § 177/II, § 235/II/4.

[2]) So Wolffgarten S. 24, Tschiersky S. 57, Albrecht S. 25 und das KG in früheren Entscheidungen (Bd. 30/261, 26/267).

[3]) RGR-Komm. Anm. vor § 2100, Staudinger § 2100 / Anm. 5, Planck, Anm. 4b vor 2100, Leonhard § 2100 / Anm. V, Warneyer § 2100 / Anm. III, Strohal Bd. I / § 27/IV/2, Dernburg V / § 55/II, Endemann § 52/IV, Enneccerus § 92/I, Güthe § 41 / Anm. 5, Predari § 52 Anm. 1, Semeka in Arch. f. bürg. R. 35/121, Meikel im „Recht" 05 / S. 183, RG 139/347, OLG 5 / Nr. 75 b, S. 404 oben, 7 / Nr. 12 e, S. 119, Dresdner S. 41.

[4]) Michaelsen, S. 4.

[5]) Leonhard § 2108 / Anm. V, RG 65/214, 101/187, 103/358, KG 26 / S. 264, Nr. 74, 30/217, Reinhard S. 13; a. M. dagegen Gallus S. 10. Staudinger § 2100 Anm. V lehnt die Annahme eines dinglichen Rechtes ab, bejaht aber dennoch gewisse dingliche Wirkungen des Nacherbenrechts, ebenso Thiesing S. 233.

rechte, die das BGB kennt, es ist nicht nur vererblich (§ 2108 BGB), sondern auch veräußerlich [6]). Wenn auch die Dinglichkeit des Anwartschaftsrechts zu bejahen ist, so muß es doch abgelehnt werden, dem Nacherben an den einzelnen Nachlaßgegenständen ein begrenztes Eigentumsrecht einzuräumen. Der alleinige Eigentümer ist nur der Vorerbe. Man darf aber deshalb auch nicht so weit gehen, das Recht des Vorerben an den Nachlaßgegenständen als ein unbegrenztes und unbeschränktes zu bezeichnen [7]). Denn zu einem derartig beschaffenen Eigentumsrecht gehört auch die Befugnis, über den Gegenstand beliebig zu verfügen, durch Veräußerung, Belastung usw. Daran kann aber der Vorerbe unter bestimmten Umständen unmittelbar und mittelbar gehindert werden, wie unten näher auszuführen sein wird. Die Nacherbschaft stellt demnach für den Vorerben, der vom Reichsgericht als „Treuhänder" bezeichnet wird [8]), gewissermaßen eine Belastung dar [9]). Schließlich ist das Anwartschaftsrecht des Nacherben noch ein betagtes und unbedingtes Recht. Betagt deshalb, weil nicht der rechtliche Entstehungsgrund, sondern nur die Geltendmachung des Rechtes in die Ferne gerückt ist [10]), unbedingt deshalb, weil nicht das Recht selbst, sondern nur die volle Wirkung des Rechts bedingt und in die Ferne gerückt ist. Der Nacherbe ist nicht berufen unter der Bedingung, daß der Vorerbe nicht Erbe geworden ist, sondern er ist Erbe für den Fall, daß der Erbe (als Vorerbe) aufgehört hat Erbe zu sein. Diese Ansicht wurde bereits im preußischen Recht vertreten [11]) und ist auch auf das BGB anzuwenden [12]). Der Nacherbe soll das Recht unbedingt erhalten, wenn auch erst nach Eintritt eines bestimmten oder unbestimmten, zweifellos aber zu erwartenden Termins [13]).

Diese kurze Darlegung über die Rechtsnatur des Instituts der Vor- und Nacherbschaft dürfte unter Berücksichtigung des Themas ausreichend sein und doch zum Verständnis der verschiedenartigen Wirkungen dieses Instituts beitragen.

§ 2.

Sicherung des Nachlasses gegen den Zugriff der Privatgläubiger des Vorerben.

I.

Sicherung der Substanz des Nachlasses gegen die Zwangsvollstreckung.

1.

In dem nun folgenden Teil soll die Stellung der Gläubiger des Vorerben (der natürlich für diese Darstellung ein nicht befrei-

[6]) Mot. V / S. 122, RG 80/384, 83/437, 90/235, 103/358, RG in Seuff.A 78 / Nr. 141 S. 234.
[7]) Gallus, S. 8.
[8]) RG 80/32.
[9]) Nickel, S. 20.
[10]) Tschiersky, S. 45.
[11]) Gruchot: Preuß. Erbrecht, Bd. I, S. 397 (§ 53 Ziff. 44).
[12]) Tschiersky, S. 39.
[13]) Hachenburg, S. 16.

ter Vorerbe ist), ihre Rechte und ihre Beschränkung gegenüber dem Zugriff auf die Erbschaftsgegenstände näher untersucht werden. Es erübrigt sich, dabei auf die Einwirkungen der Nacherbfolge auf die Forderungen der Nachlaßgläubiger einzugehen; denn diese Forderungen haben nicht irgend ein verpflichtendes Handeln des Vorerben zur Grundlage, sondern sie sind noch vom Erblasser begründet worden. Für sie haften also der Vorerbe und, nach seinem Ausscheiden als Erbe, der Nacherbe in gleichem Maße. Nur die Veränderung, die sich in der Möglichkeit der Geltendmachung und der Befriedigung der Forderungen der Gläubiger des Vorerben durch die Anordnung der Nacherbfolge vollzogen hat oder vielmehr vollzieht, bedarf einer gründlichen Untersuchung. Wenn im Folgenden vom „Gläubiger" des Vorerben die Rede ist, so ist deshalb darunter immer nur der Privatgläubiger des Vorerben zu verstehen.

Eine Möglichkeit der Einwirkung der Gläubiger auf die Nachlaßgegenstände besteht im Wege der Einzelzwangsvollstreckung und der Massenzwangsvollstreckung (Konkurs). Die Rechtsstellung der Gläubiger des Vorerben beruht einerseits auf den das allgemeine Vollstreckungsrecht umfassenden Grundprinzipien und im besonderen auf den sich mit dem Vorerben bezw. Nacherben befassenden §§ 2115 BGB, 773 mit 771, 863 ZPO, wobei zu beachten ist, daß die Wirkungen des § 863 ZPO nur in Erscheinung treten, wenn die Nacherbfolge gemäß § 2338 BGB bei der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht angeordnet ist, andernfalls dagegen nicht.

Ist der Abkömmling durch die Berufung eines Nacherben beschränkt, so bleibt dennoch die Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Abkömmlings in die Substanz der Erbschaft grundsätzlich zulässig [14]), wenn sie auch sehr stark beschränkt und praktisch fast immer wirkungslos ausgehen wird. Denn jede Zwangsvollstreckung eines Gläubigers in das ererbte Vermögen des Abkömmlings bedingt notwendig eine Beeinträchtigung, wenn nicht Vereitelung der Rechte des Nacherben, und Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstrekkung (oder der Arrestvollziehung) erfolgen, sind im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie eben die Rechte des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. § 2115 BGB.

Es wird zunächst klarzustellen sein, wann ein Recht des Nacherben vereitelt, bezw. beeinträchtigt ist. Vereitelt ist das Recht des Nacherben (worunter man sich sein Recht auf die einzelnen Nachlaßgegenstände, die nach beendeter Vorerbschaft in sein Eigentum übergehen, vorzustellen hat [15])) dann, wenn ein Erbschaftsgegenstand [16]) veräußert würde [17]), freiwillig oder gewalt-

---

[14]) Staudinger, §§ 211—15 / Anm. III C.

[15]) Kretzschmar in ZBlFG 12 / S. 4.

[16]) Unter einem „Gegenstand" sind zu verstehen: a) körperliche Sachen, b) Immaterialgüter (z. B. Geisteserzeugnisse), c) Vermögensrechte (z. B. Forderungen), d) Sach- und Rechtsgesamtheiten (Vermögensinbegriffe), e) tatsächliche Verhältnisse, die einen Vermögenswert haben (Geschäftsgeheimnis, gewerbliches Unternehmen).

[17]) So Salinger, S. 160.

sam, wenn also der Vorerbe nicht mehr Eigentümer sein würde, während es beeinträchtigt ist, wenn Erbschaftsgegenstände mit Rechten Dritter belastet werden [18]). (z. B. durch Bestellung von Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden). Will man feststellen, ob das Nacherbenrecht vereitelt oder beeinträchtigt ist, so muß man auch die wirtschaftlichen Momente berücksichtigen [19]) [21]) und nicht nur einzig und allein von juristischen Gesichtspunkten ausgehen [20]) [21]). Eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des Nacherbenrechts liegt demnach vor, wenn das vom Vorerben begründete Recht des Dritten mit dem Recht des Nacherben an der Sache juristisch und wirtschaftlich in Widerspruch stehen würde [22]). Es ist selbstverständlich, daß dann, wenn sich ein Dritter selbst ein Recht an einem Nachlaßgegenstand zu verschaffen versteht, die Frage, ob dies eine Vereitelung oder Beeinträchtigung für den Nacherben bedeutet, ebenso beantwortet werden muß, wie wenn der Vorerbe freiwillig für seinen Gläubiger ein Recht an einem Nachlaßgegenstand bestellt.

2.

Wie schon erwähnt, ist die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände durch die Gläubiger des Vorerben grundsätzlich zulässig. Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung über einen Erbschaftsgegenstand getroffen werden, sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge aber insoweit unwirksam [23]) als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. § 2115 BGB. Eine im Wege der Zwangsvollstreckung ergehende Verfügung ist nur die Verfügung, die wegen „Geldforderungen" gemäß § 803 ff. ZPO ergeht, nicht aber auch diejenigen Verfügungen, die auf die Erwirkungen von Handlungen und Unterlassungen gerichtet sind gemäß §§ 883, 884, 894, 895 und 897 ZPO [24]). Denn nur in den im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommenen Verfügungen wegen Geldforderungen wird tatsächlich über einen Gegenstand verfügt, weil durch die Pfändung ein Pfandrecht und durch die an die Pfändung sich anschließende Veräußerung bezw. Überweisung neues Eigentum entsteht. Gleichgültig ist dabei, ob der Vorerbe selbst über den Gegenstand hätte verfügen können oder nicht [25]). Die Gläubiger sind demnach unter Umständen noch weitgehender beschränkt als der Vorerbe selbst. Der Grund für diese gesetzliche Regelung ist darin zu erblicken, daß gewisse Verfügungsrechte dem Vorerben zur Erleichterung des Genusses der Nachlaßgegenstände eingeräumt sind und daß

[18]) Salinger, S. 160.

[19]) RG in JW 1936 / S. 250 Nr. 8, Salinger, S. 161.

[20]) Thiesing, S. 235—37, Hachenburg, S. 36, Peiser, S. 91.

[21]) z. B. wenn der Vorerbe Aktien einer Gesellschaft veräußert und diese Gesellschaft einige Zeit später in Konkurs gerät, so ist das Nacherbenrecht wohl juristisch, nicht aber wirtschaftlich vereitelt.

[22]) Kretzschmar in ZBlFG / Bd. 12 / S. 4. Röder, S. 15, RGR-Komm. § 2113 / Anm. 2, Planck, § 2113 / Anm. 1 d, Hothorn, S. 62.

[23]) Über die Art der Unwirksamkeit vgl. unten S. 23.

[24]) Strohal, § 28 / Anm. 32, RGR-Komm. § 2115 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. III C, Planck, § 2115 / Anm. 1, Warneyer, § 2115, Kretzschmar, ZBlFG 12 / S. 1/2 oben, Küntzel, in Gruch, 41 / S. 592; a. M. Hachenburg, S. 48.

[25]) Röder, S. 34.

ihm bei einem für den Nacherben nachteiligen Genuß Schranken gesetzt sind in seiner persönlichen Haftung und in den weitergehenden Ansprüchen des Nacherben auf Sicherheitsleistung und Verwaltungsentziehung, Umstände, die für die Gläubiger nicht in Betracht kommen.

Bis zum Eintritt der Nacherbfolge kann der Nacherbe grundsätzlich nichts gegen die Zwangsvollstreckung einwenden. Denn sein Recht kann ja frühestens im Augenblick des Wegfalls des Vorerben vereitelt oder beeinträchtigt sein. Daher tritt auch die Unwirksamkeit wie nach § 2113 BGB erst mit dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben ein, wie sich aus dem Wortlaut des § 2115 BGB „im Fall des Eintritts der Nacherbfolge" deutlich ergibt [26]).

Die von einem Gläubiger in einem Nachlaßgegenstand betriebene Zwangsvollstreckung ist nicht von Anfang an als unwirksam zu betrachten. Der Weg von der Pfändung, also der Begründung des Pfändungspfandrechts, bis zur Verwertung dieses Gläubigerrechts, der Veräußerung des Gegenstandes (die entweder im Weg der öffentlichen Versteigerung ((§ 814 ff. ZPO, Normalfall)) oder im Weg der Veräußerung aus freier Hand zum Tagespreis ((§ 821 ZPO))) oder seiner Überweisung, ist aber oft sehr kurz, und es wäre unbillig, wenn man vom Nacherben verlangen würde, daß er zusieht, wie ein Nachlaßgegenstand nach dem anderen für ihn verloren geht und nur deshalb, weil noch die Vorerbschaft besteht, sein Recht nicht als vereitelt oder beeinträchtigt angesehen werden kann. Hiergegen schützt ihn die Vorschrift des § 773 ZPO auf zweifache Art.

Einmal soll von amtswegen ein Gegenstand, der zum Vermögen eines Vorerben gehört, nicht im Wege der Zwangsvollstrekkung veräußert oder überwiesen werden, wenn die Veräußerung oder Überweisung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Diese Vorschrift ist jedoch, wie sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung — „soll" ergibt, nur eine Ordnungsvorschrift. Eine Zuwiderhandlung ist also trotzdem voll gültig. Die entgegengesetzte Meinung [27]), nach der jede Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung einfach ungültig ist, wenn dadurch das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt würde, kann dagegen nicht durchdringen. Denn wenn der Gesetzgeber tatsächlich gewollt hätte, daß § 773 / Satz 1 die Wirkung einer Sollvorschrift nicht haben soll, sondern die einer Mußvorschrift, dann hätte er einmal den Wortlaut der Bestimmung anders abgefaßt, und es wäre weiterhin nicht nötig gewesen, dem Nacherben selbst noch ein besonderes Schutzmittel in § 773 / Satz 2 ZPO zur Verfügung zu stellen. Gerade dieser letztere Umstand spricht überzeugend dafür, daß einer Vollstreckung unter Nichtbeachtung des § 773 / Satz 1 ZPO volle Rechtsgültigkeit zukommen muß, weil ihr von seiten des Nacherben mit der Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO entgegengetreten werden kann.

Es ist auch notwendig, dem Nacherben schon v o r Eintritt der Nacherbfolge die Möglichkeit der Erhebung der Widerspruchs-

[26]) Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. IIIB, Planck, 2115 / Anm. 3, Kretzschmar, § 34/V/2 C, Peiser, S. 78, a. A. Meischeider, S. 256—58.

[27]) Stein-Jonas, § 773, Sächs. Annalen, 28 / S. 416 / Nr. 39.

klage zu gewähren, denn wenn ein Vollstreckungsgericht einmal die Überweisung oder Veräußerung eines Vorerbschaftsgegenstandes angeordnet hat und durchführen läßt, wird zumeist das Recht des Nacherben auf den Gegenstand erlöschen. An einer beweglichen Sache wird trotz § 2115 BGB in den häufigsten Fällen, da der Erwerber gutgläubig sein wird (§ 1244 BGB), das Recht des Nacherben untergehen, bei Veräußerung eines unbeweglichen Gegenstandes geht das Nacherbenrecht schon unter, wenn auch der Erwerber schlechtgläubig ist (§§ 37, 44, 45, 52, 90, 91 ZVG) [28]). Es bedarf keiner Erwähnung, daß die Vorschrift des § 773 ZPO auch auf eine zum Nachlaß gehörige Forderung, die von einem Vorerbengläubiger gepfändet worden ist, und nun gemäß § 835 ZPO überwiesen werden soll, Anwendung findet. Nach § 836/2 ZPO wird aber nach erfolgter Überweisung der gepfändeten Forderung der Drittschuldner durch Zahlung an den Gläubiger von seiner Schuld befreit, solange der Überweisungsbeschluß nicht aufgehoben und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt ist. Es erlischt daher auch hier das Nacherbenrecht, wenn die Ordnungsvorschrift des § 773 / Satz 1 ZPO nicht gewahrt wird.

Aus diesem Grunde ist es für den Nacherben viel vorteilhafter, sich, wenn eine Veräußerung oder Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung droht, nicht auf die Anwendung der Ordnungsvorschrift des § 773 / Satz 1 ZPO zu verlassen, sondern sofort die Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO zu erheben und in einem Zug mit der Klageerhebung gemäß § 769 ZPO beim Prozeßgericht den Antrag zu stellen, die Zwangsvollstreckung bis zur Erlassung des Urteils einstweilen einzustellen. Es mag zwar dieser Zeitpunkt des Handelns des Nacherben, da die Vorerbschaft zu bestehen noch nicht aufgehört hat, theoretisch verfrüht sein. Trotzdem entspricht es durchaus gerechtfertigten Zweckmäßigkeitsmomenten und den rechtspolitischen Erwägungen, die zur Einführung des § 773 ZPO Anlaß gegeben haben, jetzt schon dem Nacherben die Vorzüge des § 773 zu gewähren. Denn wenn die Überweisung oder Veräußerung erfolgt ist, nützt dem Nacherben die Widerspruchsklage nicht mehr [29]).

Handelt es sich bei dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung um ein aus dem Grundbuch ersichtliches Recht, und ist die Nacherbfolge im Grundbuch eingetragen, so greift nicht die Ordnungsvorschrift des § 773 / Satz 1 ZPO ein, sondern die Mußvorschrift des § 28 ZVG. Denn dem Richter muß der Inhalt des Grundbuchs infolge der Vorschrift des § 19/2 ZVG bekannt sein. Der Vollstreckungsrichter muß daher das Verfahren automatisch einstellen oder dem Antragsteller eine Frist zur Beibringung der Zustimmung des Nacherben bestimmen. Wenn schon die Unterlagen für den Versteigerungsantrag das Recht des Nacherben ergeben, so bedarf es der Fristbestimmung gar nicht mehr. Ohne rechtlichen Belang ist es, ob der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf Grund seines persönlichen Anspruches oder aus der für seine Forderung eingetragenen Zwangshypothek betreibt [30]).

[28]) RGR-Komm. § 2115 / Anm. 4 a. E., Warneyer, § 2115.

[29]) Dieser Meinung sind: Stein-Jonas, § 772 / Anm. IV, Seuffert, § 772 / Anm. 3b, 773 / Anm. 2, Planck, § 2115 / Anm. 1, Salinger, S. 171 / Anm. 100a. Petersen, § 771 / Anm. 7, § 772 / Anm. 2.

[30]) Kretzschmar, ZBlFG 12 / S. 10.

Wie gestaltet sich die Rechtslage für den Nacherben, wenn nun die Vorschrift des § 771/1 ZPO oder die Mußvorschrift des § 28 ZVG übergangen worden ist und er, z. B. weil er von der ganzen Angelegenheit nichts gewußt hat, keine Maßnahmen zur Verhütung einer Schädigung seines Rechtes ergreifen konnte?

In einem derartigen Fall muß zunächst der Nacherbe versuchen, auf Grund des Bereicherungsanspruches gemäß § 816 / I, 1 BGB von dem Gläubiger, der Zwangsvollstreckung betrieben hat, die Herausgabe des Erlöses zu erreichen [31]). Der Gläubiger ist zwar nicht der tatsächlich Verfügende i. S. des § 816 / I, aber er muß als solcher betrachtet werden, weil er die Zwangsvollstrekkung betrieben hat. Der Nacherbe kann den vollen Betrag verlangen, den der Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung erlangt hat, auch wenn dieser Betrag den Wert des veräußerten, bezw. überwiesenen Gegenstandes übersteigt [32]). Dieser Bereicherungsanspruch soll jedoch nach Eller [33]) vom Nacherben erst nach Eintritt der Nacherbfolge verlangt werden können. Dem § 2115 würde zwar eine derartige Regelung entsprechen, weil dort bestimmt ist, daß eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, im Falle des E i n t r i t t s der Nacherbfolge unwirksam ist, wenn sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bis zum Eintritt der Nacherbfolge müßte also diese Verfügung wirksam bleiben. Eine Ausnahme von § 2115 BGB bildet aber § 773 ZPO. Nach Satz 2 dieser Bestimmung kann der Nacherbe schon vor Eintritt der Nacherbfolge für die Sicherung seines Rechtes Sorge tragen durch Erhebung der Widerspruchsklage, wenn im Wege der Zwangsvollstreckung die Veräußerung oder Überweisung eines Nachlaßgegenstandes vorgenommen zu werden droht. Wenn der Nacherbe also bei drohender Veräußerung oder Überweisung eines Nachlaßgegenstandes sich wehren kann zu einer Zeit, wo das Zwangsvollstreckungsverfahren noch im Gange und nicht beendet ist, so muß ihm die Möglichkeit der Geltendmachung und Sicherung seiner Belange erst recht zugebilligt werden nach Abschluß des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Dem Nacherben ist daher auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge das Recht zuzubilligen, gegen den Gläubiger den Bereicherungsanspruch nach § 816 / I / 1 BGB vorzubringen. Ein Bereicherungsanspruch gemäß § 816 / I / 1 BGB gegen die Vorerben, der sich in dessen persönliches Vermögen richten soll, wie Köbig [34]) annimmt, steht dagegen dem Nacherben wegen der durch die Zwangsvollstrekkung vollzogenen Schuldbefreiung des Vorerben auf Kosten des Nachlasses nicht zu. Denn es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise der Vorerbe eine „Verfügung" i. S. des § 816 / I / 1 BGB getroffen haben soll.

Gelingt es dem Nacherben nicht, vom Gläubiger den Erlös der Zwangsvollstreckung herauszubringen, weil etwa der Gläubiger nicht mehr bereichert ist, so besteht zur Sicherung seines Rech-

---

[31]) RG 88/356.
[32]) RG 88/359 unten.
[33]) Eller, S. 48.
[34]) Köbig, S. 59.

tes als letzter Behelf die Möglichkeit, die Haftung des Beamten, der die Veräußerung bezw. Überweisung des Nachlaßgegenstandes in dem Vollstreckungsverfahren angeordnet hat, gemäß § 839 BGB in Anspruch zu nehmen. Anstelle des Beamten aber haftet gemäß des heute noch geltenden Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung der Staat, d. h. heute das Reich. Art. 131 RV ist unmittelbar geltendes Recht [35]). Ein Beamter im Sinne des Art. 131 RV ist nach dem Reichsgericht [36]) eine Person dann, wenn der Staat sie mit öffentlicher Gewalt und zwar mit der Gewalt umkleidet hat, in deren Ausübung sie pflichtwidrig gehandelt hat. Also ist ein Beamter des Vollstreckungsgerichts, der in Ausübung seiner Befugnisse die Veräußerung bezw. Überweisung eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes anordnet, ein Beamter i. S. des Art. 131 RV. Unter „Verantwortlichkeit" des Art. 131 RV ist die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht zu verstehen [37]). Diese Schadensersatzpflicht des Staates geht aber nicht über die im § 839 BGB begründete Schadensersatzpflicht hinaus [38]). Denn durch die Ausgestaltung der Staatshaftung für die Handlungen der Beamten wollte die Reichsverfassung keine Erweiterung der schon bestehenden Beamtenhaftung schaffen, sondern die bisher nur landesrechtlich geregelte Frage des Eintritts des Staates für die Schadensfälle aus § 839 BGB zu einem öffentlich-rechtlichen Grundsatz erheben [39]). Der Staat haftet demnach unbedingt nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung eines seiner Beamten. Ist der Schaden durch fahrlässiges Handeln hervorgerufen worden, so tritt der Fall der Haftung nur ein, wenn der Nacherbe nicht auf andere Weise, durch Inanspruchnahme des Gläubigers oder des Vorerben selbst, Ersatz zu erlangen vermochte. Die Ersatzpflicht des Staates besteht aber auf keinen Fall, wenn es der Nacherbe vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der Nacherbe kann also keinen Ersatz des ihm entstandenen Schadens erwarten, wenn er dem Vollstreckungsverfahren ruhig zugesehen hat. Sind aber die Voraussetzungen für die Staatshaftung gegeben, dann kann der Nacherbe schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge seine Ansprüche gelten machen, wie sich aus den Darlegungen über die Geltendmachung der Bereicherungsklage aus § 816 / I / 1 BGB gegenüber dem Gläubiger ergibt [40]).

4.

Einige Erörterungen sind notwendig zu der Frage, welche Rechtslage entsteht, wenn der Vorerbe, was unter Umständen auch möglich sein kann, mit der Pfändung eines Nachlaßgegenstandes und Überweisung oder Veräußerung desselben durch einen Gläubiger einverstanden ist. Es kann sich bei dem gepfändeten Gegenstand allerdings nur um eine bewegliche Sache oder ein Recht handeln, denn nur darüber kann der Vorerbe frei verfügen. §§ 2112 ff. BGB. Man könnte in einem derartigen Fall der

[35]) RG 102/166—88, 104/291, RGBl. 1923 / Teil I / S. 292.
[36]) RG 105/335.
[37]) Gebhard, Art. 131 / Anm. 2.
[38]) Gebhard, a. a. O.
[39]) RG 102/168.
[40]) Vgl. hierzu auch S. 9.

Meinung sein, daß die Pfändung rechtsgültig sei. Was den Gläubiger betrifft, so könnte der Nacherbe zwar gemäß § 773 / Satz 2 ZPO einschreiten, aber die Hauptfrage ist, ob diesem Einschreiten des Nacherben nicht durch den Vorerben dadurch entgegengetreten werden kann, daß er sein Einverständnis mit der Pfändung erklärt, also gleichsam über den Gegenstand verfügt. Hier würde dann dem Nacherben § 773 Satz 1 u. 2 ZPO ebenfalls schützend zur Seite stehen müssen. Denn bei der Zwangsvollstreckung kommt es nur darauf an, ob ein Recht des Nacherben auf Veranlassung eines Gläubigers des Vorerben zum Untergang gebracht wird, nicht dagegen ob der Vorerbe mit dem Vorgehen seines Gläubigers einverstanden ist oder nicht.

5.

Schwieriger wird die Lösung dieses Streitfalles, wenn der Gläubiger nicht im Zwangsvollstreckungswege dem Nachlaß eine bewegliche Sache zu Ungunsten des Nacherben entziehen würde, sondern wenn er im Einverständnis mit dem Vorerben an einer beweglichen Sache ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht nach § 1204 ff. BGB erhält. Hier kann § 773 ZPO auf keinen Fall angewendet werden. Doch auch in diesem Fall muß das Gesetz dem Nacherben ein Schutzmittel gewähren. Die Behandlung dieser Frage gehört eigentlich in ein späteres Kapitel, wo von den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben die Rede sein wird. Nachdem sie aber auch für die Stellung der Gläubiger des Vorerben von Bedeutung ist, muß sie schon an dieser Stelle besprochen werden. Das Gesetz unterscheidet bei Verfügungen des Vorerben zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verfügungen (§§ 2111, 2113, / 2. BGB). Entgeltlich kann der Vorerbe nur über Mobiliarvermögen des Nachlasses verfügen. Dem Nacherben entsteht dadurch kein Nachteil, weil nach dem bei der Vorerbschaft herrschenden Prinzip der dinglichen Surrogation dann für den weggenommenen Gegenstand das Entgelt zum Vorerbschaftsvermögen kommt. Die rechtsgeschäftliche Verpfändung einer Mobilie durch den Vorerben ist zwar weder eine entgeltliche noch eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben; denn sie ist ein akzessorisches Rechtsgeschäft, auf welches die Begriffe entgeltlich oder unentgeltlich nicht passen. Dennoch muß sie aber gleich einem unentgeltlichen Rechtsgeschäfte behandelt werden, sonst bestünde die theoretische Möglichkeit, daß der Nacherbe bei Eintritt der Nacherbfolge keinen einzigen beweglichen Gegenstand mehr vorfindet. Das Gesetz verbietet gerade zum Schutz des Nacherben dem Vorerben fast jede Verfügung über Nachlaßgegenstände und erlaubt die Verfügung über Mobilien nur gegen Entgelt. Wenn nun der hier behandelte Fall nicht in den gesetzlichen Rahmen paßt, so spricht das dafür, daß im Gesetz eine Lücke vorhanden ist, die entsprechend dem Willen des Gesetzgebers ausgefüllt werden darf und muß. Dies kann aber nur geschehen, wenn die rechtsgeschäftliche Verpfändung als ein unentgeltliches Rechtsgeschäft betrachtet wird. Über die Maßnahmen des Nacherben gegen die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben s. u. [41]).

[41]) Seite 30—32.

6.

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergeben hat, ist der Nacherbe gegen die Folgen der Verschwendung des Vorerben, gegen den Zugriff der Gläubiger des Vorerben im Zwangsvollstreckungswege weitgehendst geschützt zu Ungunsten der Gläubiger. Dieser Schutz wird dem Nacherben jedoch nur bei drohender Veräußerung oder Überweisung eines Nachlaßgegenstandes gewährt. Unbeschränkt zulässig ist die Zwangsvollstreckung dagegen, wenn sie wegen einer Nachlaßverbindlichkeit vorgenommen wird. (§ 2115 / Satz 2) (wohin auch die Maßnahmen zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses gehören) [42]) oder wenn sie auf Grund eines dinglichen Rechts an einem Nachlaßgegenstand stattfindet und bei Eintritt der Nacherbfolge auch gegen den Nacherben Wirkung hätte [43]). Bei der Zwangsvollstreckung einer vom Erblasser bestellten Hypothek ist zur Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben nicht einmal ein Duldungstitel gegen den Nacherben notwendig [44]). Dem Nacherben steht also gegen andere Vollstreckungsakte als Veräußerung oder Überweisung vor Eintritt der Nacherbfolge ein gleiches Schutzrecht nicht zu. Er muß Pfändungen (§§ 804, 829, 846 ff., 857 ff. ZPO) [45]) und Beschlagnahmen nach § 20 ZVG [45]) oder Zwangsverwaltungen nach §§ 146 ZVG, Arrestvollziehungen [46]) und Eintragungen von Zwangshypotheken [46]) [47]) [48]) widerspruchslos dulden. Erst nach Eintritt der Nacherbfolge kann er auf Grund § 2115 BGB dagegen einschreiten. Denn nur die Veräußerung oder die Überweisung von Nachlaßgegenständen gefährden die Substanz der Erbschaftsmasse und nur insoweit wird der Schutz durch § 773 / Satz 1 u. 2. ZPO gewährleistet [49]). Der Ansicht Salingers [50]), daß gegen jede Zwangsvollstreckungsmaßnahme eines Gläubigers gegen den Vorerben vom Nacherben die Widerspruchsklage erhoben werden könne, ist der Wortlaut des § 773 ZPO entgegenzuhalten, über den nicht hinausgegangen werden kann.

II.

Sicherung der Nutzungen des Nachlasses gegen die Zwangsvollstreckung.

Die genannten Maßnahmen des Nacherben gegen die drohende Veräußerung oder Überweisung eines Nachlaßgegenstandes im

---

[42]) RG 90/95/96.

[43]) Stein-Jonas, § 773, Reinhard-Müller, § 28/Anm. 3 d, RG 133/265, Prot. V/112.

[44]) KG in JW 1935 / S. 813 / Nr. 4.

[45]) RGR-Komm. § 2115 / Anm. 3, Baumbach, § 773, RG 80/33.

[46]) Predari, § 52/Anm. 1.

[47]) KG 27/Nr. 38/S. 133.

[48]) Mit der Eintragung einer Zwangshypothek ist auch das Recht des Nacherben gemäß § 14, § 51 (52) GBO im Grundbuch einzutragen: vgl. Staudinger, §§ 2112—15 / III C, KG in OLG 7/352 Nr. 36/C (soweit durch die neue GBO eine Umänderung der Paragraphenziffern eingetreten ist, sind den neuen Ziffern die alten Ziffern in Klammern beigefügt).

[49]) Staudinger, §§ 2112—15 / III C, Warneyer, § 2115, Peiser, S. 89.

[50]) Salinger, in Arch. f. bürgerl. R. 19/171 / Anm. 100/b.

Wege der Zwangsvollstreckung betreffen nur die Zwangsvollstreckung in die Substanz des Nachlasses. Diese soll einmal in die Hände des Nacherben übergehen und bedarf daher des gesetzlichen Schutzes. Nicht geschützt wird aber die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers in die Nutzungen, die der Vorerbe aus der Nachlaßsubstanz zieht. Denn diese gebühren nur den Vorerben, sind also nicht bestimmt, nach dem Wegfall des Vorerben in das Eigentum des Nacherben zu gelangen. Über sie hat auch der Vorerbe das freie und unbehinderte Verfügungsrecht. Da sie nur ihm und nicht auch dem Nacherben zu dienen bestimmt sind, werden sie auch nicht zu Gunsten des Nacherben geschützt; es kann vielmehr von seiten der Gläubiger des Vorerben eine Zwangsvollstreckung in diese stattfinden [51]).

1.

Zu untersuchen ist aber, ob die Zwangsvollstreckung vollkommen unbeschränkt oder beschränkt dem Gläubiger gestattet ist. Die Beschränkungen des § 863 ZPO treffen erst zu, wenn die Anordnung der Nacherbfolge eine Beschränkung des Pflichtteils des Abkömmlings i. S. des § 2338 BGB darstellen soll.

Fraglich kann es auch sein, ob § 850 g / Ziff. 3 ZPO (früher § 850 / Ziff. 3) für den Vorerben einen Schutz gewährt. Ist der Abkömmling lediglich als Vorerbe eingesetzt (ohne außerdem noch durch einen Testamentsvollstrecker beschränkt zu sein), so wird von der herrschenden Lehre der Schutz der Nutzungen durch § 850 g / Ziff. 3 ZPO abgelehnt [52]). Zur Begründung der Ablehnung wird hauptsächlich angeführt, daß die Anordnung der Vorerbschaft nicht unbedingt eine Freigebigkeit und Fürsorgemaßnahme [53]) eines Dritten, also des Erblassers, darstellen muß, um den Vorerben vor der Not zu schützen, und daß es somit an den wesentlichen Voraussetzungen des § 850 g / Ziff. 3 ZPO fehlen würde. Wenn auch die Hauptursache der Anordnung der Vorerbschaft durch den Erblasser, der einen verschwenderischen Abkömmling hat, die sein wird, das von ihm — dem Erblasser — hinterlassene Vermögen seiner Familie, also nicht dem Vorerben allein, zu erhalten, so kann man es doch nicht von der Hand weisen, daß darin eine gewisse Fürsorgemaßnahme des Erblassers zu Gunsten seines verschwenderischen Abkömmlings zu erblicken ist. Die Nutzungen der Nachlaßgegenstände können unter Umständen für den Vorerben die einzige Möglichkeit darstellen, sich und seine Familie zu unterhalten. Die Freigebigkeit des Erblassers wäre bei der Anordnung der Nacherbfolge darin zu erblicken, daß er von der Möglichkeit der Pflichtteilsbeschränkung gemäß § 2338 BGB (die ihm durch die Verschwendung des Abkömmlings ge-

---

[51]) RGR-Komm. § 2115 / Anm. 3, Warneyer, § 2100 / Anm. III, Soergel, § 2115 / Anm. 4, Baumbach, § 773, RG 80/7.

[52]) Staudinger, § 2100 / Anm. 5, Planck, § 2100 / Anm. 4 a, Stein-Jonas, § 850 g / Ziff. 3, Anm. IV, Seuffert, § 850 / Ziff. 5, Baumbach, § 850 g / Anm. 4 a, Endemann, Bd. 3, § 58 / V d, Kretzschmar, § 34/V/3 zu c, RG 80/7, Volkenborn, S. 65; a. A. Petersen, § 850/7, Jäger, § 1 / Anm. 25, RG (ältere Rechtsprechung zu § 749 / Ziff. 3) 12/384, Eller, S. 49/50.

[53]) Beide Merkmale, Freigebigkeit und Fürsorgemaßnahme, müssen nebeneinander gegeben sein: OLG (Breslau) 19 / Nr. 1 i ε S. 19, Baumbach, § 850 g / Anm. 4.

boten wird), welche bei gleichzeitiger Anordnung der Nacherbfolge oder des Nachvermächtnisses mit der Testamentsvollstreckung eine viel größere Beschränkung des Vorerben herbeiführen würde als die Anordnung der Nacherbfolge allein, keinen Gebrauch gemacht hat [54]). Dem Vorerben kommt dadurch ein Erbteil zugute, der zumeist erheblich größer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils.

Auch der weiterhin von der herrschenden Lehre vorgebrachte Einwand, daß die Nutzungen, die der Vorerbe zieht, nicht immer als „fortlaufende" Einkünfte angesehen werden können, ist nicht in allen Fällen stichhaltig. Freilich, sie müssen sich nicht notwendig als fortlaufende Einkünfte, deren Anfall regelmäßig und immer in gleicher Höhe eintritt, darstellen, aber es kann doch der Fall eintreten, daß sie wirklich als fortlaufende Einkünfte anerkannt werden müssen, z. B. wenn eine Vorerbschaftsmasse aus etlichen Häusern, die monatlich eine bestimmte Summe Mietzins tragen, besteht, oder wenn zu ihr ein festverzinsliches Wertpapier gehört, das jährlich die Dividende abwirft. Fortlaufend würden die Nutzungen zum Teil dann anzusehen sein, wenn dem Abkömmling als Vorerben durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, entzogen werden würde [55]). Dem kann entgegengehalten werden, daß es nicht darauf ankommen kann, ob der Abkömmling ein Verfügungs- und Verwaltungsrecht hat, sondern daß es allein von Bedeutung ist, ob die Nutzungen an sich fortlaufend sind. Wer über den Stamm, aus dem die Nutzungen gezogen werden, das Verfügungs- und Verwaltungsrecht hat, muß gleichgültig sein.

Um § 850 g / Ziff. 3 ZPO anwenden zu können, verlangt die herrschende Lehre ferner, daß die Einkünfte nur solche Erträgnisse sind, auf deren Leistung der Bezugsberechtigte einen Anspruch gegen Dritte hat, und er selbst nicht der Eigentümer der Quelle der Einkünfte ist [56]). Bei der Anordnung der Nacherbfolge ist aber der Vorerbe der Eigentümer der Nachlaßgegenstände. Aus dem Umstand, daß im Falle der Anordnung der Nacherbfolge zum Zweck fürsorglicher Pflichtteilsbeschränkung gemäß § 2338 BGB in § 863 ZPO eine eigene Beschränkung der Beschlagsfähigkeit der Vorerbengläubiger vorgesehen ist, wird ebenfalls gefolgert, daß das Vorerbenrecht nicht schon der allgemeinen Beschränkung des § 850 g / Ziff. 3 ZPO unterliegt. Zwingend wird allerdings diese Erkenntnis nicht gehalten, da § 863 viel weiter geht als § 850 g / Ziff. 3 ZPO [57]).

Auf keinen Fall will die herrschende Lehre eine Anordnung des § 850 g / Ziff. 3 ZPO dann gelten lassen, wenn der Vorerbe seine Rechtsstellung kraft Gesetzes erlangt hat. Dieser letzteren Ansicht wird zuzustimmen sein, denn hier stellt die Vorerbschaftsanordnung keine Freigebigkeit und Fürsorgemaßnahme dar, sondern verdankt ihre Entstehung lediglich der gesetzlichen Vorschrift. Wenn aber der Erblasser die Vorerbschaft bewußt an-

---

[54]) Stein-Jonas, § 850 g / Anm. II/3, Petersen, § 850 / Anm. 7, OLG (Karlsruhe) in Badische Rechtspraxis, 1901 Nr. 144 / S. 259, RG 12/384.

[55]) Petersen, § 850 / Anm. 7, RG 12/385—86.

[56]) Planck, Anm. 4 a vor § 2100.

[57]) Planck, a. a. O., Stein-Jonas, § 850 g / Anm. II, 3 a.

ordnet aus den oben erwähnten Gründen, so wird man wohl § 850 g / Ziff. 3 ZPO anwenden können. Denn in erster Linie ist ausschlaggebend für die Frage der Anwendbarkeit einer gesetzlichen Vorschrift, was der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung gewollt hat und ob der gewollte Zweck durch die Anwendung der Bestimmung erreicht wird. Der Gesetzgeber hat aber durch § 850 g / Ziff. 3 ZPO erreichen wollen, daß der Unterhalt eines Bedachten nicht durch die Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger gefährdet wird. Es wäre sehr hart und unbillig und nicht dem Zwecke des § 850 g / Ziff. 3 ZPO entsprechend, die ganze Summe der Nutzungen der Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Vorerben freizugeben, wenn der Vorerbe die Nutzungen wirklich zur Bestreitung seines Unterhalts bedarf. Die Gedanken, die der herrschenden Lehre bei der Ablehnung des § 850 g / Ziff. 3 ZPO vorgeschwebt haben mögen, können in den meisten Fällen wirklich dazu führen, daß die Ablehnung der Anwendung des § 850 g / Ziff. 3 ZPO recht und billig erscheint, in dem oben erwähnten Beispiel möchte ich jedoch nicht für die Ablehnung stimmen.

Vorausgesetzt ist dabei aber, daß ein Drittschuldner vorhanden ist, daß also der Vorerbe die Nutzungen nicht selbst ziehen kann, sondern nur auf ihre Herausgabe oder Auszahlung durch einen Dritten, z. B. eine Bank, die Mieter eines zum Nachlaß gehörenden Hauses usw., in Anspruch nehmen kann [58]). Die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines Drittschuldners ergibt sich daraus, daß der § 850 g / Ziff. 3 ZPO im zweiten Abschnitt des 8. Buches der ZPO steht, wo die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, demnach auch die Zwangsvollstreckung in Forderungen geregelt ist. Der Vorerbe muß, obwohl Eigentümer der Substanz, die Nutzungen als Einkünfte von Dritten beziehen. § 850 g / Ziff. 3 ZPO kann deshalb, wenn seine Anwendung bejaht wird, auch nur auf noch nicht gezogene Nutzungen bezogen werden. Die Pfändung von schon gezogenen, aber noch nicht verbrauchten Nutzungen des Vorerben durch einen seiner Gläubiger ist unbeschränkt möglich, denn diese Pfändung ist eine Pfändung von Geld oder Wertpapieren, so daß die Anwendung des § 850 g / Ziff. 3 ZPO nicht in Frage kommen kann.

Ich komme daher zu dem Ergebnis, daß § 850 g / Ziff. 3 ZPO grundsätzlich dann anwendbar ist, wenn die Nutzungen, die der Vorerbe von einem Drittschuldner zieht, die einzige Möglichkeit bieten, seinen und den der in § 850 g / Ziff. 3 ZPO genannten Personen Unterhalt zu bestreiten.

Nimmt man die Anwendbarkeit des § 850 g / Ziff. 3 ZPO in diesem Falle an, dann hat der Vorerbe die Möglichkeit, gegen die Zwangsvollstreckung der Gläubiger Erinnerung gemäß § 766 ZPO einzuwenden. Dieses Recht muß auch dem Nacherben zugebilligt werden, da er an der Innehaltung des vom Gesetz vorgeschriebenen Verbotes interessiert ist, während man es im allgemeinen mangels dieses Interesses einem Testamentsvollstrecker nicht zuerkennen will [59]), wovon noch unten die Rede sein wird. Eine Wi-

[58]) Der Inhalt dieses Satzes steht nicht im Widerspruch zum ersten Satz des oberen Abschnittes der S. 14, da dort der Vorerbe nicht der Eigentümer der Quelle der Einkünfte sein darf, während er es hier ist.

[59]) Stein-Jonas, § 861 / Anm. 4, Seuffert, § 863 / Anm. 3;/ a. A. Petersen, § 766 / Anm. II/4.

derspruchsklage gemäß § 771 ZPO zu erheben, ist weder der Vorerbe noch der Nacherbe berechtigt, da ihnen ein die Veräußerung oder Überweisung hinderndes Recht an den Nutzungen nicht zusteht [60]).

2.

Einen gewissen Schutz der Nutzungen der Vorerbschaft kann der Abkömmling gegen die Zwangsvollstreckung durch seine Gläubiger, wenn alle gesetzlichen Schutzmittel schon versagt haben, unter Umständen in dem „Gesetz zur Verhütung der mißbräuchlichen Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten" vom 13. 12. 1934 finden. Allerdings muß sich hier das Vorgehen des Gläubigers als eine dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellen. Der Fall des Eingreifens dieses Gesetzes wäre denkbar, wenn der Vorerbe mit den Nutzungen der Erbschaft den Unterhalt für sich und seine Familie bestreiten müßte, und nun ein Gläubiger, der ihm früher große Geldsummen mit hohen Zinsen bereitwilligst zur Verfügung gestellt hatte, in der Hoffnung, durch die zu erwartende Erbschaft des Vorerben sichergestellt zu sein, jetzt zur Sicherung seiner Forderungen in die Nutzungen vollstrecken will. Hier würde der Vorerbe, je nachdem die Nutzungen mehr oder weniger umfangreich sind, sich vielleicht in einer Notlage befinden, wobei sich bei Abwägung der beiderseitigen Interessen ein derartiger Abstand ergeben würde, daß ein gewisses Aufgeben der Rechtsposition seitens des Gläubigers als gerecht angesehen werden muß. Für die Sicherung des Nachlasses wäre die Anwendung des Vollstreckungsmißbrauchgesetzes als letzte Rettung der Nutzungen zu Gunsten des Nacherben insofern von Bedeutung, als dadurch der Vorerbe davon abgehalten werden würde, in seiner Notlage zum Schaden des Nacherben die Substanz des Nachlasses zur Bestreitung seines Unterhaltes anzugreifen. Um den Schutz der Nutzungen in der angegebenen Weise zu sichern, bedarf es allerdings eines Antrages des Vorerben (Ziff. 1 des Gesetzes). Der Nacherbe hat kein Antragsrecht.

III.

Nachtrag zu I und II.

Sicherung des Nachlasses gegen die Aufrechnung durch Privatgläubiger.

Aus den Grundsätzen und den gesetzlichen Bestimmungen, welche die Stellung der Gläubiger des Vorerben bei der Zwangsvollstreckung gegen diesen regeln, muß folgerichtig geschlossen werden, daß auch eine Aufrechnung dieser Gläubiger, wenn sie gleichzeitig Nachlaßschuldner sind, mit ihrer Nachlaßschuld gegen die Forderung dem Vorerben gegenüber unstatthaft ist [61]). Zulässig ist diese Aufrechnung nur, wenn eine dem Vorerben als

[60]) Baumbach, § 850 g / Anm. 1 C, Eller, S. 50.

[61]) RGR-Komm. § 2115 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. III C, Warneyer, § 2115 / Anm. a. E., Stein-Jonas, § 773, RG 80/32;/ a. A. OLG 22 / Nr. 13 p / S. 370.

Nutzung zustehende Forderung in Frage kommt[62]). Ebenfalls eine Ausnahme gilt, wenn der Gläubiger Nachlaßgläubiger ist, also der Nacherbe ebenso haftet wie der Vorerbe, oder wenn der Gläubiger ein Recht an einem Erbschaftsgegenstand hat, das auch dem Nacherben gegenüber wirksam ist, z. B. eine vom Vorerben wirksam bestellte Hypothek[63]).

IV.

Sicherung des Nachlasses gegen den Arrest.

Besondere Mittel zur Sicherung der Nachlaßgegenstände, welche das Recht des Nacherben im Fall des dinglichen Arrestes über Nachlaßgegenstände in der Zeit der Vorerbschaft schützen, gibt es nicht. Der Grund hierfür ist darin zu erblicken, daß der dingliche Arrest, der bei beweglichen Gegenständen in der Pfändung (§§ 930, 931 ZPO), bei Grundstücken und diesen gleichgestellten Rechten in der Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 932 ZPO) besteht, abgesehen von dem im § 930 / 3 ZPO genannten Fall, nie zur Veräußerung oder Überweisung führt, und daher eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben durch Entfernung eines Nachlaßgegenstandes aus dem Vorerbschaftsverband nicht stattfindet. Der einzige Fall der Veräußerung gemäß § 930 / 3 ZPO kann auch nicht unmittelbar zu einer Schädigung des Nacherben führen, denn der Erlös der Versteigerung muß, da der Arrest nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen soll, hinterlegt und darf dem Gläubiger nicht ausgehändigt werden[64]).

Nur in einem Falle könnte beim dinglichen Arrest eine Schädigung des Nacherbenrechts eintreten, nämlich wenn der Gläubiger eine im Arrestweg eingetragene Sicherungshypothek an einen Dritten veräußert. Der Dritte würde für den Fall, daß das Nacherbenrecht im Grundbuch nicht eingetragen ist, auch nach Eintritt der Nacherbfolge weiterhin Hypothekengläubiger bleiben. In der Praxis wird wohl ein derartiger Fall kaum vorkommen. Denn wenn der Vorerbe als Bucheigentümer noch nicht eingetragen ist, wie es meistens der Fall sein wird, und eine Arresthypothek für einen Gläubiger des Vorerben eingetragen werden soll, so muß vorher sein Eigentum verbucht werden, und dabei wird automatisch auch entsprechend §§ 13, 51 (52) GBO das Nacherbenrecht vermerkt. (Der äußerliche Widerspruch zwischen § 40 (41) und § 51 (52) GBO spielt in dieser Angelegenheit noch keine Rolle.) Durch die Eintragung des Nacherbenrechts wird aber der gute Glaube eines Dritterwerbers zerstört. Mit dem Eintritt der Nacherbfolge wird entsprechend § 2115 BGB die Pfändung einer Eintragung der Sicherungshypothek unwirksam und der Nacherbe kann die Aufhebung der Pfändung und die Löschung der Arresthypothek verlangen[65]) und bei einem Widerstand des Vorerbengläubigers diese mit Gewalt erzwingen.

---

[62]) Staudinger, a. a. O., RG, a. a. O.
[63]) Stein-Jonas, a. a. O., RG 133/263.
[64]) Stein-Jonas, § 930 / Anm. III.
[65]) Planck, § 2115 / Anm. 1. a. E.

V.

Sicherung des Nachlasses im Konkurs des Vorerben.

Ähnlich wie bei der Einzelzwangsvollstreckung gemäß ZPO ist der Schutz der Nachlaßgegenstände zu Gunsten des Nacherben auch im Konkurs über das Privatvermögen des Vorerben weitgehendst gesichert. Auch hier herrscht der Grundsatz, daß nur die Nutzungen der Nachlaßgegenstände, nicht aber diese selbst zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet werden sollen. Da mit der Eröffnung des Konkurses das Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Vorerben auf den Konkursverwalter übergeht (§ 6/2 KO), dieser also das ganze Vermögen des Vorerben in seinen Besitz bekommt, Nachlaßgrundstücke durch eigene Verwaltung, Vermietung oder Verpachtung oder im Wege der Zwangsverwaltung (§§ 126, 127 KO., 172 ZVG, 857/4 ZPO) für die Konkursmasse nutzbar zu machen bestrebt ist[66]), wird meist sehr viel Gelegenheit dafür geboten werden, daß die Interessen des Konkursverwalters mit denen des Nacherben konkurrieren, insbesondere bei der Frage, welchen Umfang die Befugnisse des Konkursverwalters haben und welche wirksamen Rechtsmittel der Nacherbe hiergegen vorbringen kann.

Die erste Frage, die bei der Untersuchung der Stellung der Gläubiger (hier vertreten durch den Konkursverwalter) im Konkurs des Vorerben zu beantworten ist, ist die, ob dem Nacherben ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO in Bezug auf die Nachlaßgegenstände eingeräumt werden muß. Von der herrschenden Lehre wird dem Nacherben der Vorzug des Aussonderungsrechtes nicht zugebilligt[67]). Ein Aussonderungsrecht setzt zweierlei voraus: Einmal muß der Aussonderungsberechtigte ein dingliches Recht an dem auszusondernden Gegenstand haben oder einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner selbst. Weiterhin darf der auszusondernde Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehören. Die erste Voraussetzung muß, wenn auch bestritten als vorhanden erachtet werden. Eine Erörterung über ihr Vorhandensein ist nicht notwendig, da die zweite Voraussetzung der Aussonderung niemals gegeben ist, denn der Vorerbe ist Eigentümer der Nachlaßgegenstände[68]). Wenn auch dieses Eigentumsrecht etwas beschränkt erscheint, es ist doch vorhanden. Damit besteht keine Möglichkeit, den Nacherben ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO zu gewähren. Von den Schriftstellern, die dem Nacherben das Aussonderungsrecht zusprechen[69]), wird u. a. zur Begründung ihrer Ansicht vorgebracht, daß das Nacherbenrecht als betagtes Recht im Fall des Konkurses sofort fällig ist (§ 65), weiterhin, daß dem Vorerben bei ungünstiger Vermögenslage die Verwaltung der Nachlaßgegenstände entzogen werden könne und der Konkurs des Vorerben geradezu als Musterbeispiel für die Notwen-

---

[66]) Jäger, § 128 / Anm. 3.

[67]) RGR-Komm. § 2115 / Anm. 2, Planck, Anm. 4 b vor § 2100, § 2115 / Anm. 2, Jäger, § 128 / Anm. 1 u. 8, Mentzel, § 128 / Anm. 2, Peiser, S. 79, Wolffgarten, S. 54/55, Ahlbrecht, S. 59.

[68]) Vgl. oben S. 3 u. 4 u. S. 4 Anm. 7.

[69]) Dernburg, V / § 58 / II, Salinger, in Arch. f. bürgerl. R. 19/173 / Anm. 104, Tschiersky, S. 65, Röder, S. 38, Köpke, S. 27.

digkeit der Entziehung der Verwaltung sei. Da an eine Sicherheitsleistung des Vorerben nicht zu denken sei, wäre das sicherste Mittel zum Schutz des Nacherbenrechts vor der Gefährdung der Nacherbschaft im Konkurs die Aussonderung. Diese Einwendungen sind überzeugend, können aber doch nicht durchgreifen. Denn wenn der Gesetzgeber dem Nacherben tatsächlich ein Aussonderungsrecht hätte gewähren wollen, warum hat er dann die Bestimmung des § 128 KO, über welche gleich zu sprechen sein wird, getroffen? Wenn der Nacherbe ein Aussonderungsrecht hätte, bedürfte er des § 128 KO gar nicht mehr. Eine Anwendung des § 65 KO wäre m. E. nur dann zu bejahen, wenn das Nacherbenrecht auf Grund eines zwischen dem Vorerben und dem Nacherben vereinbarten Vertrages ein betagtes wäre. Es ist aber infolge der Anordnung des Erblassers ein betagtes. Nach den Motiven zur KO [70]) dient § 65 KO dazu, um den Gläubigern, die eine erst in späterer Zeit fällig werdende Forderung gegen den Vorerben haben, nicht die Mittel zu ihrer Befriedigung vorweg zu nehmen. Diesem Zweck dient aber beim Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben der § 128 KO. § 65 KO ist nur dann anzuwenden, wenn es sich um ein Verhältnis zwischen Konkursgläubiger und Gemeinschuldner handelt [71]). Forderungen, bei denen nur ungewiß ist, ob sie fällig werden (der Nacherbe und seine Abkömmlinge könnten z. B. vor Eintritt der Nacherbfolge sterben) fallen daher nicht unter § 65 KO [72]). Ich halte deshalb die Meinung für die richtige, die dem Nacherben kein Aussonderungsrecht gewährt. Der Nacherbe hat auch ohne Aussonderungsrecht weitgehende Sicherungen, wenn auch die Geltendmachung dieser Sicherungen mit mancherlei Schwierigkeiten verbunden ist und teilweise sehr umständlich sein kann.

Zunächst dürfen zur Erbschaft gehörende Gegenstände gemäß § 128 KO, der in die KO aus ähnlichen Gründen wie § 773 in die ZPO aufgenommen worden sein dürfte, nicht veräußert werden, wenn die Veräußerung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB den Nacherben gegenüber unwirksam ist. Unterschiede zwischen Mobilien und Immobilien sind dabei nicht gemacht. Aber § 128 KO, der ein gesetzliches Veräußerungsverbot enthält, wendet sich, wie § 773 ZPO, nur gegen die Veräußerung von Gegenständen. Eine Verpfändung oder Belastung von Nachlaßgegenständen durch den Konkursverwalter kann in ihrer Gültigkeit durch § 128 nicht berührt werden. Außer der Bestimmung des § 128 KO sind in Bezug auf die Verfügung über Grundstücke die Beschränkungen des Konkursverwalters beim Konkurs des Vorerben durch die Rechte des Nacherben natürlich die gleichen, wie es diejenigen des Vorerben selbst sind [73]). Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Beschränkung des Vorerbenrechts an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, oder ob der Konkursverwalter davon, daß der Gemeinschuldner nur Vorerbe ist, Kenntnis hat [74]). Trotz der genannten Einschränkungen der Verfügungsmacht des Konkursverwalters ist es aber möglich, daß

---

[70]) Mot. z. KO § 60/Ziff. I. 1. Spalte unten S. 276.
[71]) RG 3/357, 86/249, 88/375, RG in Seuff.A 70/S. 427/Nr. 233.
[72]) Mentzel, § 65/Anm. 1.
[73]) Kisch, S. 59/§ 46 7b.
[74]) Staudinger, §§ 2112—15/Anm. III C, RG in JW 1900/662/Nr. 14.

sich der Konkursverwalter Verfügungen zu treffen anschickt, die das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen können, also daß der Konkursverwalter insbesondere Nachlaßgegenstände veräußern will. Denn die Verfügungen, die der Konkursverwalter entgegen § 128 KO vornimmt, können dem Nacherben gegenüber gemäß §§ 892, 893, 932 ff. BGB wirksam werden [75]). Dann stehen dem Nacherben zwei Wege zur Sicherung der Gegenstände, die einmal in sein Eigentum überzugehen bestimmt sind, zur Verfügung.

Zunächst kann der Nacherbe als vorbeugendes Schutzmittel die Widerspruchsklage analog §§ 773, 771 ZPO erheben, wenn der Konkursverwalter die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung betreibt [76]). Dem Nacherben dieses Widerspruchsrecht zu versagen [77]), weil dieses Recht nur gegen Zwangsvollstreckungshandlungen gewährt wird, ist nicht richtig. Denn die Veräußerung durch den Konkursverwalter im Wege der Zwangsvollstreckung ist als eine Zwangsvollstreckungshandlung anzusehen. Der Gegensatz ist nur der, daß die Zwangsvollstrekkung nach der ZPO eine Einzelzwangsvollstreckung und die Zwangsvollstreckung nach der KO eine Massenzwangsvollstrekkung ist. Wenn dagegen der Konkursverwalter nicht im Wege der Zwangsvollstreckung, sondern freihändig einen Gegenstand der Vorerbschaft veräußern will, dann natürlich ist eine Widerspruchsklage des Nacherben oder eine Erinnerung nach § 766 ZPO unmöglich [78]). Bei einer derartigen Sachlage bleibt dem Nacherben nur übrig, eine einstweilige Verfügung gemäß §§ 935 ff ZPO gegen den Konkursverwalter zu bewirken; wenn die Bedrohung des Untergangs des Nacherbenrechts an einem Nachlaßgegenstand weniger schnell einzutreten den Anschein hat, kann sich der Nacherbe auch an das Konkursgericht gemäß § 83 KO wenden, welches die vorgesetzte Behörde des Konkursverwalters ist und diesem jederzeit die Vornahme bestimmter Handlungen und Verfügungen verbieten kann. Das Konkursgericht muß in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde von amtswegen tätig werden [79]). Jeder Beteiligte kann durch Benachrichtigung des Konkursgerichts dessen Einschreiten veranlassen. Sicherer ist aber für den Nacherben doch, eine einstweilige Verfügung gegen den Konkursverwalter zu erwirken, denn theoretisch liegt auch der Fall, daß sich ein Konkursverwalter einfach über die Weisungen des Konkursgerichts hinwegsetzt, durchaus im Bereiche der Möglichkeit. Innerhalb der ihm schon bei Erlassung der einstweiligen Verfügung gesetzten Frist muß dann der Nacherbe gegen den Konkursverwalter Klage auf Unterlassung der Vornahme der bestimmten Verfügung erheben.

Wenn die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes durch den Konkursverwalter schon vollzogen ist, richtet sich der Schadensersatzanspruch des Nacherben in erster Linie gegen die Konkurs-

---

[75]) RGR-Komm. 2115 / Anm. 4, Staudinger, a. a. O., Planck, § 2115 / Anm. 4, Jäger, § 128 / Anm. 9, Kretzschmar, in LZ 1914, Spalte 558; a. A. Kipp, § 93 / IV / 6.

[76]) Jäger, § 128 / Anm. 9.

[77]) So Wolfgarten, S. 63.

[78]) Jäger, a. a. O., RG 37/399 (zu § 685, jetzt § 766 ZPO).

[79]) Jäger, § 82 / Anm. 2.

masse (§ 59/1 KO) und erst in zweiter Linie gegen den Konkursverwalter persönlich (§ 82 KO). Diese Reihenfolge ergibt sich aus der Formulierung des § 59/1 KO. Erst wenn nicht genügend Masse vorhanden ist, oder nach der Beendigung des Konkurses, wenn die Masse schon verteilt ist, richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen den Konkursverwalter. Den Anspruch gegen den Konkursverwalter muß man dem Nacherben zusprechen, wenn er auch nicht ein direkter Beteiligter am Konkurs, ein Konkursgläubiger ist. Denn beteiligt i. S. des § 82 KO ist jede Person, der gegenüber dem Konkursverwalter als solchen Pflichten obliegen [80]). Im übrigen besteht beim Mangel eines Verschuldens des Konkursverwalters ein Anspruch aus rechtloser Bereicherung gemäß § 59/3 KO. Wenn der Nacherbe seinen Ersatzanspruch weder gegen die Masse richten kann (weil sie schon verteilt, oder zu gering ist) noch sich an den Konkursverwalter halten kann (da ihn kein Verschulden trifft), so bleibt ihm als letzte Möglichkeit, sich schadlos zu halten, übrig, gemäß § 816/2 BGB von den einzelnen Konkursgläubigern, die den Erlös des verkauften Nachlaßgegenstandes in Form der Konkursdividende empfangen haben, diese herauszuverlangen. Denn sie sind nicht berechtigt gewesen, für ihre Forderung gegen den Vorerben mit Mitteln der Vorerbschaftsmasse, die nicht zur Befriedigung der Gläubiger des Vorerben bestimmt ist, befriedigt zu werden und müssen daher an den Berechtigten, den Nacherben, das Empfangene zurück gewähren. Dagegen kann der Nacherbe gegen die Konkursgläubiger gemäß § 816/I/1 BGB nicht vorgehen [81]). Denn die Konkursgläubiger sind beim Konkurs des Vorerben nicht als „Nichtberechtigte, die verfügen", anzusehen. Die Verfügung wird nur vom Konkursverwalter getätigt. Er ist aber nicht der Vertreter der Konkursgläubiger im rechtlichen Sinne, sondern Inhaber eines öffentlichen Amtes [82]). Gegen die gutgläubigen Erwerber der vom Konkursverwalter im Wege der Zwangsvollstreckung oder freihändig veräußerten Nachlaßgegenstände kann der Nacherbe nicht vorgehen, weil diese geschützt sind durch die anwendbaren Regeln des gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerbs [83]).

Wenn die Nacherbfolge während des Konkurses eintritt, muß dem Nacherben ein Aussonderungsrecht der bisher als dem Vorerben gehörig bei der Konkursmasse befindlichen Nachlaßgegenstände gemäß § 43 KO gewährt werden [84]). Denn mit dem Eintritt der Nacherbfolge haben die Erbschaftsgegenstände aufgehört, zur Konkursmasse zu gehören. An ihnen hat nunmehr ein Fremder, der außerhalb des Konkurses steht, das Eigentum. Daher müssen die Nachlaßgegenstände analog § 2130 an den Nacherben herausgegeben werden [84]).

Wenn der Konkurs dagegen vor dem Eintritt der Nacherbfolge beendigt wird, sind die Vorerbschaftsgegenstände vom Konkursverwalter wieder an den Vorerben herauszugeben [85]).

---

[80]) Jäger, § 82 / Anm. 1.
[81]) A. A. Volkenborn, S. 61.
[82]) RG 29/36.
[83]) Vgl. S. 20 / Anm. 75.
[84]) Jäger, § 128 / Anm. 8, OLG Dresden in LZ 1909 / Sp. 796, Schimmelbusch, Arch. f. d. Z. u. St. d. Rheinprovinz, 107 / S. 45, Kretzschmar, in LZ 1914, Sp. 557.
[85]) Jäger, § 128 / Anm. 8.

§ 3.

Sicherung des Nachlasses durch gesetzliche Beschränkungen des Vorerben.

Wesentlich ausführlicher als die Stellung der Gläubiger des Vorerben behandelt das BGB die Stellung des Vorerben selbst. Diese Tatsache läßt sich daraus erklären, daß dem Vorerben viel mehr als seinen Gläubigern Gelegenheit gegeben ist, seine Befugnisse über Nachlaßgegenstände zu Ungunsten des Nacherben auszuüben. Zur Sicherung des Nachlasses bedarf es daher dem Vorerben gegenüber wirksamerer gesetzlicher Schutzmittel.

Bei der Besprechung der gesetzlichen Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben regeln, ist es das Zweckmäßigste, zunächst die dem Vorerben in Bezug auf die Nachlaßgegenstände auferlegten Beschränkungen zu erörtern und daran anschließend eine Darstellung der gesetzlichen Vorschriften zu geben, mit deren Hilfe der Nacherbe durch sein eigenes Handeln den Nachlaß vor der Verschwendung des Vorerben schützen kann.

I.

Sicherung zum Nachlaß gehörender Grundstücke.

Grundstücke bilden nach der allgemeinen Lebensauffassung den Stamm eines Vermögens und stellen, was die Wertbeständigkeit des Vermögens betrifft, sich als dessen sicherster und beständigster Teil dar. Deshalb ist, wenn infolge der Verschwendungssucht des Abkömmlings der Erblasser die Nacherbfolge angeordnet hat, in erster Linie darauf zu achten, daß der Vorerbe keine für den Nacherben schädliche Verfügung [86]) über ein Grundstück, wie dessen Veräußerung oder Belastung trifft, die dem Nacherben gegenüber gelten und damit den Willen des Erblassers durchkreuzen würde.

1.

Im Folgenden wird zunächst angenommen, daß der Abkömmling, der nach dem Tod des Erblassers grundsätzlich unbeschränkter Eigentümer des Gesamtnachlasses geworden ist, sich im Grundbuch als Rechtsnachfolger des Erblassers hat eintragen lassen. In diesem Falle wird vom Grundbuchamt von amtswegen gemäß § 51 (52) GBO das Recht des Nacherben nach der Eintragung des Vorerben vermerkt. Über das Grundstück kann dann der Vorerbe nach seinem Gutdünken verfügen, d. h. also, unmittelbar auf das Recht einwirken, so daß „dieses eine Veränderung irgendwelcher Art erleidet“ [87]). Die Verfügung des Vorerben ist zulässig, weil die

---

[86]) Im Gegensatz zu den Beschränkungen hinsichtlich der Verfügungsgeschäfte nach §§ 2113 ff. BGB ist der Vorerbe hinsichtlich obligatorischer Verpflichtungsgeschäfte in Bezug auf jeden Nachlaßgegenstand vollkommen unbeschränkt: RGR-Komm. § 2112 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. IVa, Enneccerus, § 93/IV/1, Endemann, 3. Bd. § 56/VIa.

[87]) RG 90/399.

Anordnung der Nacherbfolge und die Eintragung des Nacherbenrechts im Grundbuch keine Grundbuchsperre bewirkt. Veräußert oder belastet der Vorerbe das Grundstück, so wird der Erwerber des Grundstücks bzw. der Belastung rechtsgültig Grundstückseigentümer, bzw. Belastungsgläubiger. Vom Eintritt der Nacherbfolge ab ist jedoch die Verfügung des Vorerben unwirksam. Derjenige, der gutgläubig vom Vorerben ein Recht erworben hat, wird gemäß § 892 nicht geschützt, da durch den eingetragenen Nacherbenvermerk sein guter Glaube zerstört ist. Die Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben tritt allerdings nur ein, wenn durch die Verfügung das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden würde, was in den meisten Fällen zutreffen wird [88]). Über die Art der Unwirksamkeit herrscht in der Wissenschaft Streit. Zum Teil erblickt man in § 2113 BGB ein dem § 135 BGB entsprechendes Veräußerungsverbot und nimmt deshalb an, daß die Unwirksamkeit eine relative sei, die verbotene Verfügung also nur zu Gunsten des Nacherben wirke [89]). Demgegenüber steht die herrschende Lehre auf dem Standpunkt, daß § 2113 BGB kein Veräußerungsverbot im Sinn des § 135 BGB enthalte, sondern einen analog §§ 161/2, 163 BGB zu behandelnden Fall darstellt, weil das Recht des Vorerben nur auflösend bedingt oder befristet sei [90]). Darnach kann nicht nur der Nacherbe, sondern jeder Dritte, der daran ein rechtliches Interesse hat, sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben berufen. Ich schließe mich der vom Reichsgerichtsrätekommentar vertretenen Ansicht [91]) an; nach dieser Meinung ist die Unwirksamkeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge eine relative und von diesem Zeitpunkt ab eine absolute. Denn bis zum Eintritt der Nacherbfolge hat der Nacherbe das Recht, durch seine Genehmigung die Verfügung des Vorerben zu billigen, also endgültig, auch für die Zeit nach dem Eintritt der Nacherbfolge rechtswirksam zu machen. Genehmigt der Nacherbe nicht, so besteht bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Schwebezustand, der dann beseitigt wird, wenn die Nacherbfolge eintritt, ohne daß der Nacherbe die Verfügung noch genehmigt. Die endgültige Unwirksamkeit steht damit fest. Es besteht demnach auch kein Grund mehr, Dritte an der Geltendmachung der Unwirksamkeit zu hindern, wenn sie daran ein rechtliches Interesse haben. Weiter auf die Frage der Unwirksamkeit einzugehen, liegt nicht im Bereiche der Arbeit.

Ist die Nacherbfolge eingetragen, so ist der Nacherbe Eigentümer des Grundstücks, über das der Vorerbe verfügt hat. Hat der Vorerbe während der Dauer der Vorerbschaft das Grundstück veräußert, und ist der Erwerber im Grundbuch eingetragen, dann kann der Nacherbe vom Erwerber des Grundstücks die Berichti-

---

[88]) Über die Begriffe „Vereiteln" und „Beeinträchtigen" siehe oben Seite 5/6.

[89]) Kretschmar, § 34/V/2c / Anm. 13, Dernburg, V / § 58 / Anm. 2, Güthe, Vorbemerkung zum 2. Abschnitt / Anm. 78, Salinger, S. 162/63, Hachenburg, S. 35ff., 44/48.

[90]) RGR-Komm. § 2113 / Anm. 2, Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. III b, Planck, § 2113 / Anm. 1 c, Warneyer, § 2113 / Anm. III, Soergel, § 2113 / Anm. 2, Leonhard, § 2113 / Anm. I C 3, Enneccerus § 93/IV, Hothorn, S. 64 ff., Mot. I / S. 259, V / S. 115 oben, RG, in Gruch, 58 / Nr. 43 / S. 671, RG in Warn. E. 1914 / No. 126 / S. 181.

[91]) RGR-Komm. 2113 / Anm. 2.

gung des Grundbuchs verlangen. § 894 BGB. Wenn der Erwerber nicht freiwillig seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gibt, kann der Nacherbe diese im Klageweg erzwingen. Eine vorherige Sicherung des Nacherbenrechts durch die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB gegen die Richtigkeit des Grundbuchs im Wege der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, da der schon eingetragene Nacherbenvermerk eine ausreichende Sicherung gewährleistet.

Wenn der Vorerbe nicht durch Veräußerung, sondern durch Belastung des Nachlaßgrundstücks über dieses verfügt hat, ist die Rechtslage ähnlich wie im Falle der Veräußerung.

2.

Ungünstiger erscheint für den Nacherben die Rechtslage zu werden bei einer Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück, wenn der Vorerbe und damit auch der Nacherbenvermerk im Grundbuch noch nicht eingetragen sind. Der Nacherbe kann zwar die Eintragung des Vorerben erzwingen, was dann auch die Sicherung seines Rechtes bewirken würde [92]). Aber es kann doch der Fall sein, daß der Nacherbe zu spät diese Eintragung zu erzwingen sucht, oder sich überhaupt nicht um die Sicherung seines Rechtes kümmert. Ein Nachteil kann dann für den Nacherben daraus entstehen, daß der Vorerbe, der nach allgemeiner Ansicht zu Recht als Erbe des eingetragenen Erblassers i. S. des § 40 (41) GBO betrachtet wird [93]), die Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes zu Gunsten eines Dritten im Grundbuch eintragen lassen könnte, ohne selbst vorher als Rechtsnachfolger des Erblassers eingetragen sein zu müssen. Damit würde jede Möglichkeit der Eintragung des Nacherbenrechts fehlen.

Bei der Schaffung der Grundbuchordnung scheint der Gesetzgeber auf diesen Widerspruch zwischen § 40 (41) und § 51 (52) GBO nicht gestoßen zu sein; denn in den Motiven zum BGB [94]) und in der Denkschrift zum Entwurf der GBO [95]) wird die vorherige Eintragung des Erben, wenn er das Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufheben will, abgelehnt, da sie weder zur Vereinfachung der Buchführung noch zur Wahrung des Interesses Dritter notwendig ist. Man glaubte dadurch dem Erben unnötige Kosten zu ersparen [96]) und im Grundbuch Raum zu sparen [96]). Diese Ansicht trifft wohl i. S. des vom Gesetzgeber gewünschten Zweckes bei den alleinigen Erben, den Miterben und sogar beim Erbeserben [97]) zu, nicht aber bei Verfügungen des Vorerben. Denn hier sind die Interessen eines Dritten, des Nacherben, gefährdet. Um diese Gesetzeslücke, die offensichtlich ist, auszufüllen, ist häufig die Ansicht vertreten worden, daß in diesem Falle eine analoge Anwendung des § 51 (52) GBO unbedenklich

---

[92]) Darüber siehe unten S. 38/39.

[93]) Dernburg, V / § 58/II/2, Blanckmeister im „Recht" 1901 / S. 424, Thiesing, in Arch. f. Ziv. Pr. 94 / S. 248.

[94]) Mot. III zu § 869 / S. 317.

[95]) Vgl. § 22 / S. 56 unten / 57 oben.

[96]) Mugdan, § 869 / Ziff. 2 / Seite 175 unten.

[97]) RG in JW 1903 / Seite 106 / No. 29. RG in RJA 5/91 gegen frühere Entsch. d. Kg. z. B. in RJA 2/46—48.

erscheinen müsse[98]). Der Einwand, daß ein derartiges Vorgehen mit den streng formellen Vorschriften der GBO (vgl. § 13) nicht zu vereinbaren sei, wird von den Vertretern der analogen Anwendung des § 51 (52) GBO damit beseitigt, daß das Grundbuchamt auch keine Eintragung vornehmen dürfe, die sich nach Maßgabe der Urkunden, die zur Legitimation des Vorerben dienen, nämlich des Erbscheins oder des öffentlichen Testaments des Erblassers, als unrichtig darstellt. Die analoge Anwendung des § 51 (52) GBO wäre vielleicht zu befürworten, wenn sie die einzige Möglichkeit darstellen würde, um den Nacherben bewußt vor einem unbilligen Nachteil zu bewahren. Nachdem aber noch eine andere Lösung des Widerstreites zwischen § 40 (41) und § 51 (52) GBO gegeben ist, wird es doch besser sein, von der automatischen, nicht beantragten Eintragung des Vorerben bei einer Verfügung desselben über ein Nachlaßgrundstück abzusehen. Diese andere Lösung besteht nämlich darin, dem Vorerben, der eine Eintragung im Grundbuch beantragt, eine Frist gemäß § 18 GBO zu setzen, innerhalb deren er die Einwilligung des Nacherben (in der Form des § 29 GBO) zur Verfügung beibringt oder zuerst seine und damit auch des Nacherbenvermerks Eintragung im Grundbuch bewirkt[99]). Zu dieser Fristsetzung ist das Grundbuchamt befugt. Denn die Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück unterliegt der Bestimmung des § 2113 BGB. Das Grundbuchamt kann demnach keine Eintragung vornehmen, die lediglich die Verfügungsmacht des Vorerben, nicht aber deren rechtliche Beschränkung erkennen läßt. Dem Nacherben ist die Stellung eines Betroffenen i. S. der §§ 13, 14, 39 (40) und 40 (41) GBO einzuräumen. Er wird zwar kein tatsächlicher Betroffener i. S. dieser Bestimmungen sein[100]), denn nur der Inhaber eines sich aus dem Grundbuch ergebenden Rechtes ist ein wirklich Betroffener. Wollte man aber den Nacherben als einen derartig Betroffenen ansehen, dann wäre zweifellos Voraussetzung, daß ihm ein dingliches Recht zusteht. Dieses Recht steht zwar in Hinsicht auf den Nachlaß nur dem Vorerben zu, ist jedoch zu Gunsten des Nacherben weitgehendst beschränkt. In dieser Beschränkung des Vorerben ist dasjenige Recht des Nacherben begründet, das eine gewisse Ähnlichkeit und Gleichartigkeit mit einem dinglichen Recht hat, also gleich einem dinglichen Recht behandelt werden kann. Deshalb muß m. E. der Nacherbe auch so behandelt werden, als wäre er tatsächlich der Inhaber eines dinglichen Rechtes[101]) und damit auch ein Betroffener nach der GBO.

Auf diesem Wege kommt daher das Grundbuchamt vollkom-

[98]) Güthe, § 41 / Anm. 5, Planck, § 2113 / Anm. 4e, Strohal, § 63 / Anm. 4, Dernburg. § 58 / Anm. II/2, Blanckmeister, im „Recht" 1901 / S. 424, Gallus, S. 54 und Ortlieb, S. 39.

[99]) Diese Ansicht wird vertreten von: Predari, § 52 / Anm. 8, Güthe, § 41 / Anm. 5, Meikel, im „Recht" 1905 / S. 187, Blanckmeister, im „Recht" 1901 / S. 425, Wenerberg, in Bay. Not. Ztg. 1917 / S. 183, Drewes, in DJZ 1903 / S. 148, Reinhard, S. 34, Rueff, S. 71, Kaufmann, S. 34, RG 61/228, 65/218, 102/334, KG in OLG 4/124.

[100]) RG 61/228, 331, 65/214, KG 26/71/264. A. A.: Güthe, § 19 / Anm. 36, Predari, § 19 / Anm. 37a, Meikel im „Recht" 1905 / 183, Brachvogel in Gruch. 50 / 68 / Ziff. II, Gallus, S. 52, Dresdner, S. 22, ferner RJA 3/250, Bay. Ob. Lg. in „Recht" 1905 / Nr. 1214.

[101]) Vgl. im übrigen unten S. 29.

men seinen Pflichten nach, ohne irgendwelche gewagte Gedankengänge, die eigentlich einer gesetzlichen Grundlage entbehren, wie die analoge Anwendung des § 51 (52) GBO, verwirklicht zu haben. Diese Lösung der Streitfrage widerspricht vielleicht äußerlich der herrschenden Meinung, daß der Vorerbe alleiniger Erbe i. S. des § 40 (41) GBO ist, steht aber in Wirklichkeit in keinem Widerspruch zu ihr. Denn die Bestimmung des § 40 (41) GBO besagt nur, daß eine Eintragung des Vorerben bei Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes nicht notwendig sei. An dieser Bestimmung wird auch festgehalten. Es wird nur die vorherige Zustimmung des Nacherben zu der Verfügung des Vorerben verlangt. Dieses Verlangen des Grundbuchamtes steht nicht nur nicht im Widerspruch zur Grundbuchordnung, sondern entspricht der in § 18 GBO (in Verbindung mit dem durch die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB geschaffenen Hinderungsgrund) aufgestellten Pflicht des Grundbuchrichters, den Hinderungsgrund zu beseitigen.

Der zur Lösung des Widerspruches zwischen § 40 (41) und § 51 (52) GBO vorgeschlagene Weg der Eintragung der beantragten Verfügung des Vorerben unter Beifügung einer Rechtsbedingung betreff der Zustimmung des Nacherben [102]) erscheint nicht sehr ratsam. Gemäß § 925/2 BGB ist eine Grundbucheintragung unter einer Bedingung unstatthaft. Gemeint sind in § 925/2 BGB allerdings nur die rechtgeschäftlichen Bedingungen i. S. des § 158 BGB, nicht aber die sogenannten Rechtsbedingungen. d. h. die gesetzlichen Voraussetzungen der gewollten Eigentumsübertragung [103]). Eine Auflassung unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung eines Dritten würde also gegen § 925/2 nicht verstoßen, da hier gleichfalls nur eine Rechtsbedingung vorliegt [104]). Dieser Ausweg kann m. E. zu keiner befriedigenden Lösung führen, weil ja der Vorerbe zu einer Verfügung über das Grundstück unter Umständen gar keiner Genehmigung eines Dritten, hier des Nacherben, bedarf. Denn wenn der Nacherbenvermerk eingetragen ist, kann der Vorerbe ohne Genehmigung des Nacherben frei über das Grundstück verfügen, weil das Nacherbenrecht zurzeit der Nacherbfolge dann noch besteht und nicht vereitelt oder beeinträchtigt werden kann. Die Eintragung des Nacherbenvermerks hat also dieselbe Wirkung wie die formgerechte Genehmigung des Nacherben zur Verfügung des Vorerben. Letztere wäre also nicht gleichzusetzen der Genehmigung, die den Gegenstand der Rechtsbedingung bilden würde. Aus diesem Grunde erscheint mir die Fristsetzung nach § 18 GBO einfacher und rechtmäßiger als die kompliziertere und gewagte Anwendung der Eintragung unter einer Rechtsbedingung. In der Praxis wird zwischen den Vorerben und dem Erwerber des Grundstücks die Rechtswirksamkeit der Auflassungserklärung als solche rechtsgeschäftlich von dem Vorliegen der Genehmigung des Nacherben abhängig gemacht werden; es

---

[102]) Rueff, S. 71, Cappel, S. 15.

[103]) RGR-Komm. § 925 / Anm. 14, Staudinger, § 925 / Anm. 81, Güthe, § 20 / Anm. 39, OLG 2/1, 5/419, KG in OLG 4/33, 20/70.

[104]) KG in RJA 2/86, Bay. Ob. LG. 18 / Nr. 82 / 258, OLG (Stuttgart) 6 / Nr. 74a / 473.

würde also eine unstatthafte, unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 BGB) gestellte Auflassung vorliegen [105]).

Der durch die neue GBO eingeführte Berichtigungszwang, durch den die Möglichkeit der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage geschaffen werden soll [106]), (§ 82, 83 GBO) hat für den Nacherben keinen Vorteil. Denn das Grundbuch wird hier nach dem Ableben des Erblassers auch nicht von amtswegen berichtigt, sondern dem Vorerben kann vom Grundbuchamt nur die Verpflichtung auferlegt werden, die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen. Es bestünde demnach immer noch die Möglichkeit für den Vorerben, vor der Berichtigung des Grundbuchs schnell noch ein Grundstück zu Ungunsten des Nacherben zu veräußern. In diesem Fall muß auch dann wieder, wie schon oben ausgeführt, dem Vorerben eine Frist nach § 18 GBO gesetzt werden.

Eine Verfügung über ein Grundstück kann auch darin bestehen, daß das betreffende Grundstück mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld belastet wird. Eine derartige, dem Nacherben schädliche Handlung kann der Vorerbe überhaupt nicht vornehmen. Denn der Widerstreit zwischen § 40 (41) und § 51 (52) GBO, wie man ihn auch lösen will, spielt hier keine Rolle, da es sich bei der beabsichtigten Verfügung des Vorerben nicht um eine Aufhebung oder Übertragung eines Grundbuchrechtes, sondern um die Belastung eines solchen Rechtes handelt. Hier muß auf alle Fälle der Vorerbe vor der Eintragung des betreffenden Rechtes als Rechtsnachfolger des Erblassers eingetragen werden und damit folgt auch automatisch die Eintragung des Nacherbenvermerks.

II.

Sicherung der zum Nachlaß gehörenden Rechte an Grundstücken.

Was bisher in Bezug auf die Verfügungen des Vorerben über die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke gesagt wurde, gilt in gleichem Maße auch für die Rechte an Grundstücken. § 2113/I BGB. Zu den Rechten an Grundstücken zählen (außer dem Eigentum) das Erbbaurecht und die ihm nach Art. 63 EGBGB gleichgestellten Rechte, ferner die Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeit, Nießbrauch und beschränkt persönliche Dienstbarkeit), das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallasten, die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Für die drei letztgenannten Rechte an Grundstücken ist in § 2114 BGB für die Kündigung und Einziehung des Kapitals eine besondere Regelung vorgesehen, die in der folgenden Ziffer III besprochen wird.

Der Nießbrauch und die beschränkt persönliche Dienstbarkeit sind unvererblich. Ist der Vorerbe Inhaber derartiger Rechte, so hat er sie also nicht vom Erblasser übernehmen können, sondern muß sie mit Mitteln der Vorerbschaft (oder eigenen Mitteln: die-

---

[105]) RGR-Komm. § 925 / Anm. 14, KG 36 / Nr. 43 / S. 194 ff., isnbesondere 198.

[106]) Pfundtner-Neubert: Das neue Deutsche Reichsrecht: II, b, 41 § 82 / Anm. 1.

ser Fall bleibt außer Betrachtung) erworben haben. Es könnte zwar die Ausübung dieser Rechte dem Nacherben übertragen werden (§§ 1059, 1062 BGB), aber nur bis zum Tode des Vorerben. Tritt die Nacherbschaft erst nach dem Tode des Vorerben ein, so wäre der Nacherbe in seinem Rechte geschädigt. Die Frage der Sicherung des Nacherbenrechts wird sich am einfachsten damit lösen lassen, daß man in einem derartigen Fall die Anwendung des Surrogationsprinzipes des § 2111 BGB ablehnt. Denn § 2111 kann nur da angewandt werden, wo das Surrogat auch nach dem Tode des Vorerben weiterhin von Bestand ist. Dem Nacherben ist dann die Möglichkeit gegeben, vom Vorerben Schadensersatz zu verlangen und so den Nachlaß zu sichern.

Bei dem subjektiven Vorkaufsrecht (§ 1094/1 BGB) ist die Rechtslage eine ähnliche. Dagegen ist aber das Surrogationsprinzip dann anwendbar, wenn das Vorkaufsrecht subjektiv-dinglicher Natur ist. Denn dann wird der Nacherbe der Nachfolger des Vorerben, weil das Vorkaufsrecht mit dem Tode des Vorerben nicht erlischt.

Ist der Vorerbe Inhaber vererblicher und übertragbarer Rechte an Grundstücken und will er diese zu seinen Gunsten verwerten, also löschen lassen, zu einer Zeit, wo er noch nicht als Rechtsnachfolger des Erblassers im Grundbuch eingetragen ist, so ist der Nachlaß in der schon oben angegebenen Weise geschützt. Denn das Grundbuchamt, das aus den Legitimationspapieren des Vorerben (Erbschein oder öffentliches Testament) ersieht, daß er in seiner Verfügungsmacht über Nachlaßgegenstände zu Gunsten des Nacherben beschränkt ist, wird dem Vorerben eine Frist gemäß § 18 zur Nachbringung der Zustimmung des Nacherben zu seiner Verfügung stellen. Wird diese Zustimmung nicht beigebracht, dann gilt der Antrag des Vorerben als abgewiesen.

Etwas erschwert wird dagegen die Frage der Sicherung des Nachlasses dann, wenn der Nacherbenvermerk im Grundbuch schon eingetragen ist. Denn eine Mitübernahme des Nacherbenvermerks, wie bei dem Verkauf eines Nachlaßgrundstückes, kann bei der Löschung eines Rechtes an einem Nachlaßgrundstück nicht in Betracht kommen, weil durch die Löschung eines gebuchten Rechtes alle sich auf dieses Recht beziehenden Eintragungen, also auch der Nacherbenvermerk, ebenfalls zur Löschung kommen [107]). Die Besonderheit der Löschungsverfügung besteht darin, „daß durch eine Löschung desjenigen Rechtes, das für den in der Verfügung Beschränkten eingetragen ist, dem Recht dessen, der durch die Verfügungsbeschränkung geschützt werden soll, diejenige Sicherung gegenüber einem gutgläubigen Erwerber entzogen würde, die ihm durch die Eintragung in Verbindung mit § 892/1 BGB gerade verliehen wird“ [108]). Dadurch würde dann für den Nacherben keine Möglichkeit mehr bestehen, die Unwirksamkeit der Löschung geltend zu machen und die Wiedereintragung des Grundstücksrechts zu beantragen [109]). Um den Nachlaß vor einem Schaden zu sichern, wird das Grundbuchamt unbedingt die Zustimmung des Nacherben auch in diesem Falle, wo ein Nacherbenvermerk eingetragen ist, fordern müssen. Dieses Erfordernis kann

[107]) RG 102/338.
[108]) Güthe, Vorbem. z. 2. Abschnitt Nr. 71.
[109]) RG 102/334, KG 33 / Nr. 36 / S. 178 ff., insbes. 180, 181.

nur beruhen auf § 876 BGB [110]). Die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift wird von verschiedener Seite mit dem Hinweis, daß das Nacherbenrecht kein dingliches Recht sei, abgelehnt [111]). Dingliche Rechte sind solche Rechte, die ein unpersönliches Rechtsgut unmittelbar der Willensmacht des Berechtigten unterwerfen. Dazu gehört auch das Recht des Vorerben an dem Nachlaß. Dieses dingliche Recht des Vorerben ist aber nicht unbeschränkt, es ist weitgehendst zu Gunsten des Nacherben belastet und eingeschränkt. In dieser Einschränkung ist eine Art Dinglichkeit des Nacherbenrechtes zu erblicken. Es ist in gewissem Sinne ein Teil der Dinglichkeit des Vorerbenrechtes auf das Nacherbenrecht übergegangen. Daß das Nacherbenrecht seinen Auswirkungen nach einem dinglichen Recht gleichgesetzt werden muß, läßt sich auch aus der Tatsache ersehen, daß die Abtretung oder Verpfändung des Nacherbenrechtes im Grundbuch eingetragen werden kann [112]). Daß das Nacherbenrecht notwendigerweise einem dinglichen Recht gleichgeachtet werden muß, läßt sich weiterhin auch daraus schließen, daß ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück, das während der Vorerbschaft verkauft wird, nach Eintritt der Nacherbfolge, wenn zur Zeit des Verkaufes der Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen war, automatisch an den Nacherben zurückfällt. Ein Grundstück und ein Recht an einem Grundstück ist daher sehr wohl durch das Nacherbenrecht "mit dem Recht eines Dritten" i. S. des § 876 BGB belastet. Aus diesem Grunde wird das Grundbuchamt, wenn die Zustimmung des Nacherben vom Vorerben beigebracht wird, dem Löschungsantrag nicht stattgeben können. Die Möglichkeit einer vorläufigen Löschung mit dem Vorbehalt der Wiedereintragung des Rechtes bei Eintritt der Nacherbfolge [113]) ist dem Gesetze nicht bekannt [114]).

III.

Sicherung der zum Nachlaß gehörenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden bei deren Kündigung.

Die Sondervorschrift des § 2114 betrifft nur die Kündigung und Kapitaleinziehung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Im übrigen finden auf diese Rechte an Grundstücken die bisherigen Ausführungen volle Anwendung (§ 2114 / Satz 3 BGB). Die Sonderregelung des § 2114 war notwendig, weil die Anwendung der allgemeinen Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bei den drei in Frage stehenden Grundstücksrechten den Gebrauch dieser Rechte sehr erschweren würde. Auch die Bestimmung des § 2120 BGB wäre nicht immer geeignet, diesem Nachteil abzuhelfen, weil die Erteilung der Genehmigung sich leicht verzögern könnte. Nachdem dem Vorerben das allgemeine Recht der Kündigung eingeräumt ist, kann natürlich auch der Schuldner allein dem Vorerben gegenüber kündigen, ohne auch dem Nacherben gegenüber

110) So Thiesing, S. 262. A. A. Rueff, S. 71, Gallus, S. 48.
111) Vgl. oben S. 3 u. Anm. 5.
112) RG 83/439.
113) So Biermann, S. 208.
114) Güthe, Vorbem. z. 2. Abschnitt / Nr. 71, Mot. III / § 960/3, S. 463, Prot. III/69, Weber in DNV 1907 / S. 252, RG 102/334, KG 30 / Nr. 66/262.

die Kündigung erklären zu müssen. Der bei der Hypothekenforderung im Gegensatz zur Grund- und Rentenschuld unter Umständen vorhandene Unterschied zwischen dem persönlichen und dem dinglichen Hypothekenschuldner ist in Bezug auf § 2114 belanglos. Denn in den Protokollen [115]) wird die Meinung vertreten, daß es „selbstverständlich ist, daß bezüglich der durch eine Hypothek gesicherten Forderung das gleiche zu bestimmen sei, wie hinsichtlich der Hypothek selbst". (§ 2114 BGB gilt demnach auch dem persönlichen Schuldner gegenüber [116]).

Zur Sicherung des Nachlasses zu Gunsten des Nacherben ist bei der einfachen Möglichkeit des Vorerben zur Kündigung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden das Verlangen des Gesetzgebers verständlich, daß der Schuldner das gekündigte Kapital dem Vorerben nur auszahlen darf, wenn der Nacherbe damit einverstanden ist, oder daß er das Kapital für den Vor- und Nacherben hinterlegt. Verlangt der Vorerbe vom Schuldner die Auszahlung des Kapitals an ihn, so bedarf es hier weder der Vereitelung. bzw. Beeinträchtigung des Nacherbenrechtes noch des Eintritts der Nacherbfolge, um die Unwirksamkeit der getroffenen Verfügung herbeizuführen [117]). Bezahlt der Schuldner an den Vorerben, so wird er dennoch nicht von seiner Schuld befreit. Ob der Vorerbe dabei noch im Besitze des vom Schuldner bezahlten Geldes ist und sich der Nacherbe durch Rückgriff gegen ihn schadlos halten könnte, ist hier ganz gleichgültig. Der Nacherbe kann vielmehr vom Schuldner nochmals die Zahlung des Kapitals an ihn und den Vorerben gemeinsam, bzw. die Hinterlegung des Kapitals verlangen [118]). Denn es wäre unbillig, vom Nacherben zu verlangen, daß er, wenn schon der Schuldner ohne Zustimmung des Nacherben an den Vorerben gezahlt hat, jetzt noch unter Umständen fruchtlose Anstrengungen machen soll, das in den Händen des Vorerben befindliche Kapital sicherzustellen. Dem Schuldner muß allerdings in Ermangelung einer speziellen, dem § 2113/3 BGB entsprechenden Vorschrift der Schutz der §§ 892/893 BGB in Bezug auf seinen guten Glauben zugebilligt werden, d. h., der Schuldner wird von seiner Schuld befreit durch die Zahlung an den Vorerben, er ist also nicht verpflichtet, nochmals und zwar an den Nacherben zu zahlen. Es ist Aufgabe des Nacherben, rechtzeitig den guten Glauben des Schuldners zu beseitigen. Eine eigentliche Sicherung erfährt der Nachlaß nur, wenn das Kapital zu Gunsten des Vor- und Nacherben hinterlegt wird. Zu beachten sind dann die §§ 372 ff BGB, ferner Art. 144—46 EGBGB, im Gebiete des früheren Staates Bayern Art. 167 / Ziff. XXII AGBGB (Art. 76 AGGVG).

IV.

Sicherung des Nachlasses bei unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben.

Nachdem schon die entgeltlichen Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und die Rechte an solchen sehr beschränkt sind,

[115]) Prot. V/104.

[116]) Vgl. hier bei RG (Preuß. Recht) 17/232, Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. III A, Wolffgarten, S. 37.

[117]) Peiser, S. 93, Wolffgarten, S. 35/36, Köpke, S. 25.

[118]) Salinger, S. 167, Wolffgarten, S. 36.

ist es verständlich, daß die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben hierüber ebenfalls nur bis zum Eintritt der Nacherbfolge Wirkung haben können. Die Wirkung ist aber nicht nur auf Immobilien beschränkt, sondern auf jeden Erbschaftsgegenstand, also auch auf Mobilien und andere Rechte, wie Forderungen usw. ausgedehnt. Diese Regelung ist zur Sicherung des Nachlasses unerläßlich, weil bei unentgeltlichen Vorerbenverfügungen kein Surrogat an die Stelle des aus dem Erbschaftsverband ausgeschiedenen Gegenstandes tritt. Der Nachlaß könnte sonst vom Vorerben beliebig verringert oder überhaupt beiseite geschafft werden.

Bei der Untersuchung, ob eine Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich ist, darf weder der objektive noch der subjektive Gesichtspunkt allein entscheidend und ausschlaggebend sein, sondern es ist der Begriff der ordnungsgemäßen Verwaltung heranzuziehen [119]). Man muß darnach fragen, ob der Vorerbe, wenn er seine in der Zukunft liegende Verpflichtung zur Herausgabe der Erbschaftsmasse an den Nacherben gemäß § 2130 BGB berücksichtigt, den ganzen Umständen nach die betreffende Verfügung treffen durfte. Objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist daher auch nicht Voraussetzung der Entgeltlichkeit der Verfügung [120]). Die unentgeltliche Verfügung wird zumeist eine Schenkung sein. Bei der unentgeltlichen Verfügung ist aber nicht wie bei der Schenkung Voraussetzung, daß beide Parteien, Schenker und Schenknehmer sich darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. (§ 516 BGB.) Eine unentgeltliche Verfügung kann daher wohl eine Gegenleistung zur Folge haben, jedoch muß dann der Wert von Leistung und Gegenleistung in einem starken Mißverhältnis stehen.

Bei Grundstücken und Rechten an Grundstücken ist der Nacherbe am sichersten geschützt, wenn der Nacherbenvermerk im Grundbuch schon eingetragen ist. Bei Eintritt der Nacherbfolge fällt dann das Grundstück bzw. das Recht am Grundstück wieder an den Nacherben zurück. Ist dagegen das Nacherbenrecht noch nicht eingetragen, so wird das Grundbuchamt die mangelhafte Verfügungsgewalt des Vorerben auf Grund des § 2113/1 BGB aus dem Erbschein oder dem öffentlichen Testament (und die mangelhafte Verfügungsgewalt aus § 2113/2 BGB eventuell aus dem notariellen Vertrag zwischen dem Vorerben und demjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll) ersehen. Es gilt dann wieder die obige Regelung [121]). Sollte es dagegen dem Vorerben gelingen, die Eintragung zu erwirken, ohne daß der Nacherbenvermerk vorher eingetragen wird, so würde, da nach § 2113/3 BGB die Bestimmungen der §§ 892/893 BGB Anwendung finden, der, zu dessen Gunsten der Vorerbe verfügt, gutgläubiger Eigentümer des Rechtes werden. Ein gewisser Schutz des Nachlasses wäre in einem derartigen Fall zunächst darin zu sehen, daß der Vorerbe selbst dem Nacherben gegenüber zu dem Ersatz des durch die unentgeltliche Verfügung entstandenen Schadens gemäß §§ 2138/2, 249 ff BGB verpflichtet ist. Fraglich ist allerdings, ob der

---

[119]) Güthe, Vorbemerkung z. 2. Abschn. / Nr. 78, RG 81/266, 117/98 unten, vgl. weiterhin RG in JW 13 / S. 394 / Nr. 16, OLG 35 / S. 371 / Nr. 18 k.

[120]) RG 105/248.

[121]) Vgl. oben S. 25.

Vorerbe überhaupt fähig ist, aus eigenen Mitteln den Schaden zu ersetzen. In diesem Fall wäre aber dann der Nacherbe gesichert durch die Bestimmung des § 816/I/Satz 2 BGB. Denn der Vorerbe hat als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt und die Verfügung ist dem Berechtigten, dem Nacherben, gegenüber wirksam geworden infolge des guten Glaubens des Erwerbers. Der Erwerber hat daher ohne rechtliche Grundlage einen Vorteil erlangt und ist dem Berechtigten gegenüber zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Hat der Vorerbe über körperliche Sachen verfügt, dann ist die Rechtslage ähnlich. Auch hier besteht die Möglichkeit, daß derjenige, zu dessen Gunsten verfügt wird, gutgläubiger Erwerber wird. (§§ 932 ff, 1032, 1207, 1208, 1244 BGB.) Daher müssen auch diese Sachen nach dem Grundsatz des § 816/I/S. 2 an den Nacherben herausgegeben werden. Das Nämliche gilt, wenn der Vorerbe über Vermögensrecht (z. B. Forderungen) oder Rechte an unkörperlichen Gegenständen (z. B. Urheber- oder Erfinderrechte) verfügt hat. Sogar schon in einem Schulderlaß durch den Vorerben liegt eine unentgeltliche Verfügung [122]). Hiergegen kann sich der Nacherbe dadurch sicherstellen, daß er vom Schuldner die Zahlung der Schuldsumme verlangt. Der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, daß er im guten Glauben war. Denn im Schuldrecht gibt es keinen guten Glauben [123]). Dagegen kann es der Nacherbe nicht verhindern, daß der Vorerbe eine angefallene Erbschaft ausschlägt, weil das Ausschlagen einer Erbschaft nicht als eine unentgeltliche Verfügung betrachtet wird [124]). Diese Frage kann nur dann praktische Bedeutung gewinnen, wenn schon dem Erblasser eine Erbschaft angefallen ist und er vor Ablauf der Ausschlagungsfrist gestorben ist, ohne sich über die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft entschieden zu haben; denn nunmehr geht die Möglichkeit, hierüber zu entscheiden, auf den Abkömmling, den Vorerben über. Gemäß § 517 BGB ist die Ausschlagung einer Erbschaft keine Schenkung. Aus diesem Grunde kann sie auch nicht als unentgeltliche Verfügung angesehen werden. Wenn der Vorerbe ausschlägt, gibt er nur kund, daß er ein ihm angetragenes Recht nicht übernehmen will, nicht aber verfügt er über ein ihm schon zustehendes Recht.

V.

Sicherung der zum Nachlaß gehörenden Inhaberpapiere, sowie der ihnen gleichgestellten Papiere und des Bargeldes.

Einen besonderen Schutz zu Gunsten des Nacherben genießen noch die zum Nachlaß gehörenden Inhaberpapiere und die mit einem Blankoindossament versehenen Orderpapiere, sowie Buchforderungen gegen das Reich oder einen ehemaligen Bundesstaat. Der Grund für diese besondere Ausnahmestellung der genannten Nachlaßgegenstände liegt in deren Natur begründet, in ihrer erleichterten Verkehrsfähigkeit. Weil dadurch die Gefahr der Schä-

[122]) Staudinger, §§ 2112—15 / Anm. III B b.
[123]) Ausnahme hiervon § 401/1 BGB und § 405 BGB.
[124]) RGR-Komm. § 2113 / Anm. 3, Planck, § 1952 / Anm. 6.

digung des Nachlasses zu Ungunsten des Nacherben erhöht ist, ist auch der Schutz ein stärkerer.

Geschützt werden auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen:

1. Die Inhaberpapiere, und zwar nicht nur die Schuldverschreibungen, sondern die Inhaberpapiere jeder Art[125]) (§§ 793 ff, 1195, 1199 BGB, 179, 320/3, 365 HGB).
2. Die blanko-girierten Orderpapiere (§§ 363 ff HGB, Art. 11, 13, 14/2, 77/1 WG).
3. Die Talons (§ 805 BGB).

Nicht dagegen werden geschützt[126]):

1. Die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (Koupons der Pfandbriefe und Dividendenscheine).
2. Die Inhaber-Papiere, die nach § 92 BGB zu den verbrauchbaren Sachen gehören, z. B. Banknoten und Effekten eines zur Vorerbschaft gehörenden Bankgeschäftes und die gewöhnlichen Schuldforderungen und andere obligatorische Ansprüche (wie Einlagen bei Vorschußvereinen, Anteilscheine bei Handelgesellschaften u. ähnl.).
3. Die Legitimationspapiere (§ 808 BGB), wie Sparkassenbücher, Schecks, Depositeneinlagen und Leihhausscheine[127]).

Der Schutz der unter § 2116 BGB fallenden Papiere und in § 2118 genannten Forderungen tritt erst auf Betreiben des Nacherben ein. Denn nur im Interesse desselben erfolgt die Hinterlegung bzw. Umschreibung oder Eintragung[128]). Über die notwendigen Maßnahmen des Nacherben siehe unten[129]).

Hinterlegt können die Papiere werden bei einer der noch landesrechtlich geregelten Hinterlegungsstellen, bei der Reichsbank oder der Deutschen Zentralgenossenschaftskasse[130]) oder schließlich bei der Deutschen Giro-Zentrale (Deutsche Kommunalbank[131]).

Für den Fall, daß der Vorerbe über die hinterlegten Papiere verfügt[132]), enthält das Gesetz keine Bestimmung, insbesondere wird im Gegensatz zu § 2113 eine derartige Verfügung des Vorerben nicht ausdrücklich für unwirksam erklärt. Die herrschende Meinung[133]) ist der Ansicht, daß diese Verfügung, nachdem der Vorerbe nach der Hinterlegung bzw. Umschreibung oder Vermerkeintragung nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann, ohne jede Rechtswirkung ist und hier insbesondere nicht wie in § 2113, 2115 BGB von Belang ist, ob und inwieweit durch

---

125) RGR-Komm. § 2116/1, Staudinger, § 2116—18 / Anm. 2a, Planck, § 2116 / Anm. 2, Wolffgarten, S. 37, Hothorn, S. 189 ff., Kaufmann, S. 59, Röder, S. 23.

126) Staudinger, §§ 2116—18 / Anm. 2, Peiser, S. 100 / Anm. 80.

127) Staudinger, a. a. O., Planck, a. a. O., Soergel, § 2116, Strohal, § 28 / Anm. 11, Meischeider, S. 261, Prot. V/109 oben (Nr. 342/V.).

128) RGR-Komm § 2116 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2116—18 / Anm. 1, Prot. V / 107.

129) S. 40.

130) Eingefügt durch NotVO v. 18. 3. 33 (RGBl I / S. 109).

131) Dto.

132) z. B. gemäß § 931, 870 BGB.

133) RGR-Komm. § 2116/4, Staudinger, §§ 2116—18 / Anm. 3, Planck, §2116 / Anm. 3, Hachenburg, S. 37.

die Verfügung des Vorerben das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden würde. Die Anwendung der Vorschriften zu Gunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§ 2113/3 BGB) wird ebenfalls abgelehnt [134]).

Gelingt es dem Vorerben, die Papiere entgegen der gesetzlichen Vorschrift wieder in seinen Besitz zu bekommen und über sie zu verfügen, so ist die Verfügung voll wirksam, denn § 2116/2 BGB ist nicht anwendbar [135]). Ein gutgläubiger Erwerber der Papiere wäre gegenüber dem Nacherben voll geschützt [135]). In einem derartigen Fall hat jedoch dann der Nacherbe einen obligatorischen Anspruch gegen den Vorerben und die betreffende Hinterlegungsstelle [136]).

Obwohl die Unmöglichkeit bzw. Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben hinsichtlich der bezeichneten Papiere im Gesetz nur für den Fall des § 2116 BGB ausdrücklich ausgesprochen ist, so muß doch auf die Fälle der §§ 2117, 2118 BGB dieselbe gesetzliche Bestimmung Anwendung finden [137]). Das ergibt sich auch schon aus § 9 des Reichsschuldbuchgesetzes.

Der Vollständigkeit wegen sei noch erwähnt, daß der Vorerbe anstelle der Hinterlegung die Inhaberpapiere auf seinen Namen mit der Bestimmung umschreiben lassen kann, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann [138]), ferner, daß bei Buchforderungen gegen das Reich oder einen früheren Bundesstaat er auf Verlangen des Nacherben in das Schuldbuch den Vermerk eintragen lassen muß, daß er über die Forderung nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Weitere Ausführungen in Bezug auf §§ 2116—18 im Bereich der gestellten Aufgabe sind nicht notwendig. Wenn das Namenspapier (Mantel) hinterlegt ist, der Vorerbe aber den Zinsscheinbogen auf Erneuerung schon hat und über ihn verfügt, dann kann der Nacherbe bei der Hinterlegungsstelle veranlassen, daß dem Vorerben nach Ablauf der Zinsscheine kein neuer Zinsscheinbogen gegeben wird, auch nicht dem Dritten, der den Erneuerungsschein vorlegt.

Die letzte gesetzliche Bestimmung, welche die Verfügungsgewalt des Vorerben regelt, betrifft die Anlegung des zur Vorerbschaft gehörenden Bargeldes durch den Vorerben. Diese Bestimmung soll den Nacherben gegen gewagte Geschäfte des Vorerben schützen, da dieser gemäß § 2131 BGB im allgemeinen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegt. Insoweit bedeutet § 2119 eine Ausnahme von § 2131, denn hier hat sich der Vorerbe nach den Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft zu richten. Eigentlich handelt es sich bei der Bestimmung des § 2119 nicht um eine gesetzliche Verfügungsbeschränkung des Vorerben, sondern nur um eine Verwaltungsvorschrift. Denn grundsätzlich muß dem Vorerben ge-

[134]) Planck, a. a. O., Strohal, § 28/12, Hachenburg, S. 38, a. A. Salinger, S. 158 / Nr. 63.

[135]) Staudinger, §§ 2116—18 / Anm. 3, Planck, § 2116 / Anm. 3, Strohal, § 28 / Anm. 12 am Schluß, Salinger, S. 158 / Anm. 63.

[136]) § 839 BGB.

[137]) Staudinger, a. a. O., Planck, § 2118 / Anm. 2, a. M. Meischeider, S. 262 / Anm. 7 zu § 70.

[138]) § 806 BGB, Art. 101 EGBGB, RSchBGes. §§ 1, 4, 10, 18, Art. 97 EGBGB (nur für Staatsschulden).

mäß § 2112 BGB das Recht eingeräumt werden, über Bargeld nach seinem Belieben zu verfügen. Meist wird schon der Erblasser sein Bargeld in der Hauptsache angelegt haben, sei es in Wertpapieren, Grundstücken u. ä. und wird nur eine im Vergleich zu seinem sonstigen Vermögen verhältnismäßig kleine Summe von Bargeld zur Zeit seines Todes besitzen. Eine Anlegungspflicht ist jedoch für den Vorerben dann gegeben, wenn z. B. ein Schuldner des Erblassers nach dessen Tod eine größere Summe zurückzahlt. In diesem Falle muß der Vorerbe darauf bedacht sein, daß das Geld mündelsicher angelegt wird (§§ 1807, 1808 BGB, Art. 144, 212 EGBGB); denn ein mit dem Ererbten sorgsam verfahrender Vorerbe muß das Geld nach allgemeinen wirtschaftlichen Anschauungen auf diese Weise verwenden [139]). Erfolgt vom Vorerben eine Geldanlage nur zu vorübergehenden Zwecken, dann besteht für ihn die Verpflichtung zur mündelsicheren Anlage nicht [140]). Über die Möglichkeit des Nacherben, die mündelsichere Kapitalanlage des Geldes durch den Vorerben zu erzwingen vgl. unten [141]).

VI.

Sicherung bei Veräußerung des ganzen Erbteils durch den Vorerben.

Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, ob der Vorerbe, wenn er Miterbe ist, vor der Auseinandersetzung gemäß § 2033 BGB über seinen Erbschaftsanteil als Ganzes verfügen kann. Eine gesetzliche Bestimmung hierüber fehlt. Der Vorerbe ist wirklicher und alleiniger Erbe und Herr der Erbschaft. Weil ihm Besitz und Verwaltung zustehen, kann er auch grundsätzlich über die Erbschaft verfügen (§ 2112 BGB), allerdings beschränkt durch §§ 2113—15 BGB. Man wird daher für den Fall, daß der Vorerbe Miterbe neben anderen Erben ist, die Möglichkeit der Verfügung über seinen Erbteil bejahen müssen [142]). Allerdings gilt hier der Grundsatz: „nemo plus transferre potest, quam ipse habet". Der Erwerber bekommt den Erbteil so, wie er dem Vorerben zugestanden hat, nämlich beschränkt durch die Nacherbfolge. Selbst wenn der Erwerber davon nichts weiß, daß sein Vertragsgegner nur Vorerbe, nicht aber alleiniger und unbeschränkter Erbe ist, bestehen die Beschränkungen der Nacherbfolge weiter. Denn die Bestimmung des § 2113/3 BGB, daß auf Verfügungen des Vorerben die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, gilt nur für die Verfügung über einzelne erbschaftliche Gegenstände, greifen aber bei der Verfügung des Vorerben über seinen ganzen Anteil am Nachlaß nicht Platz [143]). Die Sicherung des Nachlasses zu Gunsten des Nacherben erfährt also durch die Veräußerung des Anteils des Vorerben durch diesen keine Veränderung. Zu Gun-

---

[139]) RG 73/6, RG in JW 1910/188/Nr. 12.
[140]) RGR-Komm. § 2119/Anm. 1.
[141]) S. 40/III.
[142]) Staudinger, §§ 2112—15/Anm. II, Planck, 2112/Anm. 2, Endemann, V/§ 56/VI/b, Reinhard, S. 26, Cappel, S. 44.
[143]) Kretzschmar, in DNV. 1917/S. 411.

sten des Nacherben könnte sogar noch angenommen werden, daß der Erwerber nicht mit der besonderen Eigenschaft des Vorerben, der Verschwendungssucht, ausgestattet ist. Allerdings fragt es sich, ob sich ein Erwerber eines durch die Nacherbfolge beschränkten Miterbenanteils finden wird. Wenn der Erwerber von dieser Beschränkung nichts weiß, wird er den Kauf so schnell wie möglich wieder rückgängig machen.

Zusammengefaßt muß nochmals festgestellt werden, daß die Sachlage bei Veräußerung des Erbteils durch den Vorerben nicht zu Ungunsten des Nacherben verändert wird.

Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der Miterbe seinen Anteil nicht veräußert, sondern verpfändet. Zur Anwendung kommt hier § 1274 BGB und nicht § 1280 BGB, weil der Erbschaftsanteil ein Recht und keine Forderung ist. Auch dem Rechtspfandrecht ist ein Schutz des guten Glaubens fremd. Die Belastung des verpfändeten Vorerbschaftsanteils durch die Anordnung der Nacherbfolge bleibt also erhalten, wenn auch der Pfanderwerber davon keine Kenntnis hat. Der Pfandgläubiger ist auch sonst nicht bessergestellt als derjenige, welcher den Erbteil des Vorerben käuflich erworben hat; denn er kann sich nicht nach seinem Belieben aus dem Erbteil für seine Forderung befriedigen. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem verpfändeten Recht erfolgt nicht durch Privatverkauf, sondern nur im Wege der Zwangsvollstreckung (und nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels) und es wird dem Nacherben nicht schwer fallen, diese Zwangsvollstreckung zu verhindern.

§ 4.

Mittel des Nacherben zur Sicherung des Nachlasses.

Die in § 2 und 3 aufgeführten Verfügungsbeschränkungen des Vorerben und die Zugriffsbeschränkungen seiner Privatgläubiger in Bezug auf die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände wären an sich geeignet, den Nachlaß in seiner Gesamtheit zu erhalten bis zu dem Zeitpunkt, wo die Nacherbfolge eintritt. Es ist jedoch bei der Aufzählung der Mittel, die zur Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Vorerben dienen, wiederholt darauf hingewiesen worden, daß manchmal eine wirksame Sicherung des Nachlasses durch eine gesetzliche Bestimmung erst dann eintritt, wenn der Nacherbe selbst darauf bedacht ist und darauf hinarbeitet, daß es wirklich zur Anwendung des betreffenden Sicherungsmittels kommt. Denn der Vorerbe oder dessen Gläubiger könnten alle diese, in der Theorie sehr wirksam und sichernd erscheinenden Schutzmittel praktisch doch sehr leicht umgehen und nicht beachten, wenn sie niemand an einem derartigen Vorgehen hindert. Das ist aber Aufgabe des Nacherben. Die gesetzlichen Sicherungsmaßnahmen kommen erst dann voll zu der vom Gesetzgeber gewollten Wirkung, wenn der Nacherbe ständig die Handlungen und Verfügungen des Vorerben und seiner Gläubiger beobachtet und darüber wacht, daß sich keiner an dem Nachlaß, soweit er einmal auf ihn, dem Nacherben, übergehen soll, vergreift. Diese Wach-

samkeit des Nacherben ist hier besonders notwendig, da der Vorerbe und Abkömmling des Erblassers, wie sich aus dem Titel vorliegender Arbeit schon ersehen läßt, als sehr verschwenderisch veranlagt angenommen wird. Infolge dieses Umstandes kann und muß unterstellt werden, daß einmal die Zahl der Gläubiger des Vorerben und die Höhe seiner Schulden sehr bedeutend ist, und weiterhin, daß der Vorerbe, der schon mit seinem Eigentum und Vermögen nicht geschäftsmännisch und wirtschaftlich umgehen konnte, auch darauf keine Rücksicht nehmen wird, daß der Nachlaß in seiner Substanz erhalten werden und später auf den Nacherben übergehen soll, sondern vielmehr versuchen wird, unbeachtet der dadurch entstehenden Schädigung des Nacherben, soviele Nutzungen wie möglich aus dem Nachlaß zu seinem Vorteil zu erzielen, auch wenn ihm die Nutzungen gar nicht zustehen.

Den Gläubigern des Vorerben dagegen kann man es nicht verdenken, wenn sie die gute Gelegenheit, sich für ihre Forderungen gegen den Vorerben zu befriedigen, so gut wie möglich auszunutzen versuchen. Denn sie haben kein Interesse daran, dem Nacherben den Nachlaß zu erhalten. Aus diesen Gründen bietet der Gesetzgeber dem Nacherben verschiedene Möglichkeiten, dem Treiben der Gläubiger des Vorerben und dem des Vorerben selbst Einhalt zu gebieten.

Die Möglichkeiten, wie der Nacherbe gegenüber den Zugriffen der Gläubiger des Vorerben, bzw. des Konkursverwalters bei dem Konkurs des Vorerben auf die Nachlaßgegenstände einschreiten kann, sind jeweils in § 2 angeführt worden, ebenso wie die Sicherung des Nacherben gegen die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben, die in § 3/IV besprochen wurde. Um eine Wiederholung zu vermeiden, wird hier darauf Bezug genommen. Es sei nur kurz erwähnt, daß der Nacherbe in den meisten Fällen auf Grund der §§ 771, 773, 935 ZPO 816 BGB, 59, 83 KO sein Bestreben der Sicherung des Nachlasses gegen die Folgen der Verschwendung des Abkömmlings und Vorerben in die Tat umsetzen kann.

Die nunmehr zu behandelnden Sicherungsmaßregeln des Nacherben sind hauptsächlich zum Vorgehen gegen den Vorerben bestimmt.

I.

Erwähnung des Nacherben im Erbschein.

In erster Linie wird der Nacherbe in seinem Recht geschützt werden durch seine Erwähnung im Erbschein. Vorsichtige dritte Personen verlangen von einem Erben, wenn sie mit ihm Rechtsgeschäfte abschließen wollen, immer die Vorlage eines Erbscheins, besonders dann, wenn das Erbrecht nicht auf gesetzlicher, sondern gewillkürter Erbfolge beruht; denn der Erbschein genießt in Bezug auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr gemäß §§ 2366, 2367 BGB öffentlichen Glauben. Durch die Erwähnung der Anordnung der Nacherbfolge wird aber dann der öffentliche Glaube an die alleinige Verfügungsmacht des Vorerben zerstört. Wenn die Angabe

des Nacherben im Erbschein fehlt, will Wolffgarten [144]) dem Nacherben einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Vorerben auf Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht zubilligen. M. E. hat aber der Nacherbe diesen Anspruch nicht, denn im Erbschein ist ja kein falscher, sondern der richtige Erbe, der Vorerbe, angegeben. Die Ansicht Wolffgartens ist verständlich, da Wolffgarten den Nacherben auch schon vor Eintritt der Nacherbfolge als „Erben" i. S. des Gesetzes ansieht [145]). Das ist aber nicht der Fall. Der Nacherbe kann daher, wenn die Anordnung der Nacherbfolge in Erbschein nicht angegeben ist, nur beim Nachlaßgericht den Antrag stellen, den Erbschein von amtswegen einzuziehen. Die Nichterwähnung des Nacherben in einem dem Vorerben ausgestellten Erbschein begründet eine Amtspflichtverletzung [146]). Hat der Vorerbe die durch amtliches Versehen oder Verschulden geschaffene günstige Gelegenheit ausgenützt und über Nachlaßgegenstände zu Ungunsten des Nacherben Verfügungen getroffen, so kann der Nacherbe nicht erst im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge, sondern schon beim Eintritt der Schädigung des Nachlasses infolge der Verfügung des Vorerben den Anspruch aus § 839 BGB und Art. 131 RV geltend machen [147]). Vorausgesetzt ist dabei, daß die Schädigung des Nachlasses bei Vorhandensein eines richtigen Erbscheines nicht eingetreten wäre. Diese Voraussetzung wird vor allem bei Verfügungen des Vorerben über Grundbuchrechte gegeben sein, weil er sich dem Grundbuchamt gegenüber mit dem Erbschein (oder einem öffentlichen Testament) legitimieren muß. § 35 (36) GBO. Beruht die Erteilung des mangelhaften Erbscheins nur auf der Fahrlässigkeit des Nachlaßgerichts, so wird weiterhin für die Anwendung des § 839 BGB vorausgesetzt, daß eine anderweitige Deckung des durch die Verfügung des Vorerben entstandenen Schadens (eventuell durch Inanspruchnahme des Vorerben) nicht möglich ist [148]).

II.

Sicherung der Immobiliarrechte.

1.

Die Grundstücke oder Rechte an solchen werden, wenn der auf den Abkömmling überkommene Nachlaß derartige Gegenstände umfaßt, am wirksamsten durch die Eintragung des Nacherbenvermerks geschützt (§ 51 (52) GBO), der den guten Glauben der §§ 892, 893, 1155 BGB zerstört. Der Vorerbe wird meist noch nicht als Rechtsnachfolger des Erblassers eingetragen sein. Seine Eintragung ist aber Voraussetzung für die Eintragung des Nacherbenvermerks. Widersetzt sich der Vorerbe dem Verlangen des Nacherben, sich eintragen zu lassen, so kann der Nacherbe seinen Anspruch auf Eintragung des Vorerben, damit das Grundbuch durch

[144]) Vgl. S. 20.
[145]) Vgl. S. 24.
[146]) RG 139/343.
[147]) RG 139/347.
[148]) RG 139/349.

den dann von amtswegen einzutragenden Nacherbenvermerk wieder mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt (§§ 894, 895 BGB), klageweise geltend machen. Sobald das Urteil vollstreckbar ist und dem Nacherben die ihm zu erteilende Urkunde nach § 896 ZPO erteilt ist, kann der Nacherbe gemäß § 14 GBO die Eintragung des Nacherbenvermerks erwirken [149]).

Wenn es trotz der Anordnung der Nacherbfolge dem Vorerben gelungen sein sollte, ein Grundstück oder Recht an einem solchen zum Schaden des Nachlasses zu veräußern — sei es, daß er sich durch einen unrichtigen Erbschein als alleiniger Erbe legitimieren konnte, sei es, daß das Grundbuchamt in der Anordnung der Nacherbfolge keinen Hinderungsgrund für eine Veräußerung des Grundstückes oder Rechtes an einem solchen durch den Vorerben erblickt hat — so könnte der Nacherbe demjenigen gegenüber, der als Erster vom Vorerben auf diese Weise ein Liegenschaftsrecht erworben hat, die Unwirksamkeit der Verfügung noch geltend machen. Denn der Ersterwerber kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, in dem noch der Erblasser als Berechtigter eingetragen war, nicht berufen. In diesem Fall könnte der Nacherbe die Eintragung des Nacherbenvermerks noch erzwingen. Dagegen wäre ihm diese Sicherungsmöglichkeit nicht mehr gegeben, wenn der Ersterwerber sein Recht wieder an einen Zweiten veräußert hätte, da der Letztere durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, in dem der Ersterwerber als Berechtigter eingetragen ist, geschützt werden würde.

Hat der Vorerbe ein Grundstück oder Recht an einem solchen nicht durch Erbgang, sondern auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für eine Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben, so gehört das Grundstück, bzw. Grundstücksrecht ebenfalls zur Nachlaßsubstanz nach dem Surrogationsprinzip (§ 2111 BGB). Mit der Eintragung des Vorerben als Berechtigten wird bei einer derartigen Gelegenheit kaum auch der Nacherbenvermerk gebucht werden, da zumeist dem Grundbuchamt die Anordnung der Nacherbfolge unbekannt sein wird. Hier muß dann ebenfalls der Nacherbe dafür sorgen, daß sein Recht, wenn nötig mit Zwang, eingetragen wird.

2.

Gehören zum Nachlaß Wälder, Bergwerke oder sonstige Anlagen zur Verwertung von Bodenbestandteilen (z. B. Steinbrüche, Kiesgruben usw.), so kann die ordnungsgemäße Bewirtschaftung dieser Gegenstände durch den Vorerben vom Nacherben durch das Verlangen der Herstellung eines Wirtschaftsplanes, der das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung regelt, gesichert werden (§ 2123 BGB).

---

[149]) Peiser, S. 131/132, Wolffgarten, S. 21.

III.

Sicherung von Inhaberpapieren und ihnen gleichgestellten Papieren.

In Bezug auf die in §§ 2116—18 angegebenen Wertpapiere ist der Vorerbe verpflichtet, sie zu hinterlegen, bzw. umschreiben oder einen Vermerk in die Schuldbücher eintragen zu lassen. Diese Maßregeln muß der Vorerbe aber nicht schon von sich aus, sondern erst auf das ausdrückliche Verlangen des Nacherben hin treffen. Im Falle der Weigerung des Vorerben kann der Nacherbe gegen ihn Klage erheben auf Hinterlegung der Wertpapiere. Nur die Hinterlegung kann der Nacherbe verlangen, nicht dagegen die Umschreibung bzw. Umwandelung.

Größere Bargeldsummen hat dagegen der Vorerbe schon von sich aus mündelsicher anzulegen. Handelt er dieser Pflicht zuwider, so hat auch hier der Nacherbe das Recht, die mündelsichere Anlage im Klageweg zu erzwingen [150]). Auch hier, wenn es sich um die Sicherung der genannten Wertpapiere, Forderungen und des Bargeldes handelt, kann der Nacherbe den Schutz des Nachlasses durch eine einstweilige Verfügung oder einen Arrest vorläufig bewirken.

IV.

Sicherungsmaßregeln allgemeiner Art.

1.

Um dem Vorerben die Möglichkeit zu nehmen, während der Dauer der Vorerbschaft den Nachlaß dadurch zu schädigen, daß er Teile desselben beiseite schafft, hat der Nacherbe das Recht, vom Vorerben ein Bestandsverzeichnis zu verlangen (§ 2121 BGB), das öffentlich beglaubigt werden muß (§ 129 BGB, §§ 167, 183, 193 FGG). Dieses Bestandsverzeichnis umfaßt aber nur die Aktiven des Nachlasses [151]), denn nur diese sind für den Nacherben von Bedeutung. Will der Vorerbe das Bestandsverzeichnis nicht freiwillig aufstellen, so kann der Nacherbe die Aufstellung im Prozeßwege erzwingen [152]). Der Nacherbe wird sich aber nicht damit begnügen, daß der Vorerbe das Verzeichnis allein aufstellt, sondern wird von der in Abs. 3 des § 2121 BGB zugebilligten Befugnis Gebrauch machen und das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen lassen. Einen Zwang für den Vorerben, das in § 2121 BGB genannte Verzeichnis zu beschwören oder durch Versicherung an Eidesstatt zu bestätigen, kennt das Gesetz und die Rechtsprechung nicht [153]).

---

[150]) OLG 18/318 / Nr. 13e, RG 73/4 ff., insbesondere 8.

[151]) RGR-Komm. § 2121 / Anm. 1, Staudinger, § 2121 / Anm. 2, OLG 32/57 Nr. 3gγ.

[152]) OLG 8/274 / Nr. 24b.

[153]) BayObLG in „Recht" 1903/457 / Nr. 2376, OLG 21/325 / Nr. 14r, 26/337 / Nr. 8u, α.

2.

Eine gewisse Ergänzung des § 2121 BGB bildet die Vorschrift des § 2127 BGB, besonders in Bezug auf die während der Dauer der Vorerbschaft hinsichtlich des Nachlaßbestandes seit der Aufstellung des Verzeichnisses gemäß § 2121 BGB eingetretenen Veränderungen. Der Nacherbe kann bei Vorhandensein der Voraussetzungen, wofür er beweispflichtig ist [154]), die Auskunft über die seit der Aufstellung des Verzeichnisses eingetretenen Veränderungen oder wenn ein derartiges Verzeichnis überhaupt noch nicht aufgestellt ist, die Aufstellung desselben verlangen. Wenn der Verdacht besteht, daß der Vorerbe das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angefertigt hat, kann der Nacherbe den Vorerben zur Ableistung des Offenbarungseides zwingen (§§ 260, 261 BGB, 163 FGG, § 889 ZPO). Gibt der Vorerbe die Veränderungen des Nachlasses nicht freiwillig an, so steht auch hier dem Nacherben der Klageweg offen. Das Verlangen des Nacherben nach Auskunft gemäß § 2127 BGB muß begründet sein. Die etwaige ungünstige Vermögenslage des Vorerben allein, reicht zur Begründung noch nicht aus [155]).

3.

Unbeschadet der Bestimmung des § 2127 und den unten zu besprechenden § 2128 BGB kann der Nacherbe, wenn er den begründeten Verdacht hegt, daß der Vorerbe Nachlaßgegenstände gewaltsam zu verschlechtern versucht, auf seine — des Nacherben — Kosten durch Sachverständige ihren Zustand untersuchen lassen. Es darf jedoch dann nur der Zustand des Gegenstandes, nicht auch sein Wert geprüft werden [156]). Eine etwaige Widerstandsleistung des Vorerben kann der Nacherbe durch Klage und Urteil gemäß § 890 ZPO brechen.

4.

Die wichtigste Handhabe des Nacherben zur Sicherung des Nachlasses gegenüber dem Vorerben ist aber die Bestimmung des § 2128 BGB auf Sicherheitsleistung, bzw. Anordnung der gerichtlichen Verwaltung, gemäß § 2129 BGB. Dadurch kann der Nacherbe den Vorerben, falls dieser den ihm gegenüber dem Nacherben obliegenden Pflichten in einer den Nachlaß gefährdenden Weise zuwiderhandelt, eigentlich um die ganze Vorerbschaft bringen. Die Voraussetzung für die Anwendung des § 2128 braucht aber deswegen nicht gerade ein arglistiges oder pflichtwidriges Verhalten des Vorerben zu sein [157]). Es genügt vielmehr schon die unordentliche Verwaltung des der Nacherbschaft unterliegenden Ver-

---

154) RGR-Komm. § 2127 / Anm. 2.
155) RGR-Komm. § 2127 / Anm. 2.
156) Prot. V / 94.
157) RGR-Komm. § 2128 / Anm. 1, Staudinger, § 2127—29 / Anm. III, Strohal, § 28 / Nr. 38, Salinger, S. 180/m, und Anm. 125. RG in Seuff. Arch. 74 / Nr. 34, RG in „Recht" 1919 / Nr. 448, 1920 / Nr. 3142, Hothorn, S. 207, a. A. Kretzschmar § 34 / VIII / Ziff. 1, Peiser, S. 108.

mögens, oder unrichtige Angaben des Vorerben in einem Nachlaßverzeichnis [158]), oder die Verweigerung des Vorerben, das Nachlaßverzeichnis nach § 2121 BGB herzustellen, obwohl es ihm keine Schwierigkeiten bereiten würde [159]), oder die eigenmächtige Vornahme der in §§ 2113 ff BGB untersagten Verfügungen [160]) oder das Bestreiten der Rechte des Nacherben oder der Gültigkeit des Testaments durch den Vorerben, so daß der Schluß naheliegt, der Vorerbe werde in der Verfügung über den Nachlaß auf den Nacherben keine Rücksicht nehmen [161]). Schließlich kann § 2128 BGB auch dann angewendet werden, wenn der Vorerbe ein anderes Vermögen, das er in seinen Händen hat, insbesondere sein eigenes, unordentlich verwaltet [162]). Wenn der Erblasser gerade deshalb die Nacherbfolge angeordnet hat, um den Nachlaß gegenüber der Verschwendung seines Abkömmlings, des Vorerben, zu schützen, so muß immer notwendigerweise angenommen werden, daß der Abkömmling den Erblasser zu dieser Maßnahme direkt gezwungen haben muß, weil er seine eigenen Wirtschaftsverhältnisse nicht zu regeln und sein Vermögen nicht ordnungsmäßig zu verwalten verstand. Der Vorerbe schwebt daher gleichsam jeden Augenblick nach dem Tode des Erblassers in der Gefahr, die Anwendung des § 2128 BGB über sich ergehen lassen zu müssen. Es wäre aber unbillig, wegen der vor dem Erbfall vom Vorerben gezeigten Verschwendungssucht von diesem sofort die Sicherheitsleistung zu verlangen, bzw. ihm die Verwaltungsbefugnis zu entziehen. Es muß schon noch eine besonders erhebliche Verletzung des Nacherbenrechts besorgt werden, etwa durch den drohenden Zugriff der Gläubiger des Vorerben auf den Nachlaß, oder die zu befürchtende Veräußerung von Nachlaßgegenständen durch den Vorerben [163]). Die weiteren besonderen Fälle, welche die Besorgnis des Nacherbenrechts rechtfertigen, sind oben schon angegeben worden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann kann der Nacherbe vom Vorerben Sicherheitsleistung gemäß §§ 232 ff BGB im Klagewege verlangen. Es wird nicht vorausgesetzt, daß der Vorerbe bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, Sicherheit zu leisten, oder daß ihm bereits die Verwaltungsbefugnis entzogen worden ist [164]). Die Sicherheit kann der Vorerbe mit der Erbschaft oder mit seinem eigenen [165]) Vermögen leisten. Das Letztere wird allerdings kaum vorkommen, da ein verschwenderischer Vorerbe wohl kein zur Sicherheitsleistung geeignetes Vermögen haben wird. Ist der Vorerbe rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt, und hat er die ihm zur Sicherheitsleistung gewährte Frist verstreichen lassen, ohne die Sicherheit zu leisten, so kann der Nacherbe die Bestellung eines gerichtlichen Verwalters beantragen [166]). Auch dem Nacherben kann diese Verwaltung übertragen

[158]) RG in „Recht" 1922 / Nr. 86.
[159]) Staudinger, §§ 2127—29 / Anm. III.
[160]) RGR-Komm. § 2128 / Anm. 1.
[161]) OLG 32/59 / Nr.3g, Warn. E. 1922 / Nr. 17.
[162]) RG in JW 1920 / 380 / Nr. 81.
[163]) RGR-Komm. § 2128 / Anm. 1.
[164]) RG 59/201 ff.
[165]) Staudinger, §§ 2127—29 / Anm. III/1, Hothorn, S. 207.
[166]) Die Bestellung des Verwalters erfolgt nicht durch das Prozeßgericht, wie früher angenommen wurde, sondern durch das Vollstr.Ger. Dieses hat dem Vorerben, falls das nicht schon im Urteil geschehen ist,

werden, doch wird man wohl aus Zweckmäßigkeitsgründen davon absehen, da dann unter Umständen der Nacherbe bei der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen die Interessen des Vorerben benachteiligen könnte. Ist die gerichtliche Verwaltung angeordnet worden, so hat der Vorerbe dem aufgestellten Verwalter den ganzen Nachlaß herauszugeben und er verliert jede Verfügungsbefugnis hierüber, behält aber die Nutzungsrechte. Dadurch ist dann der Nachlaß am weitgehendsten gesichert gegen die Verschwendung des Vorerben. Es wird wohl bei jedem verschwenderischen Vorerben zu dieser Regelung früher oder später kommen müssen. Die erforderlichen Verfügungen werden vom Verwalter vorgenommen, der unter Aufsicht des Gerichtes wie ein zur Zwangsverwaltung eines Grundstückes bestellter Verwalter steht (§§ 152 ff ZVG). Rechtsgeschäfte, die der Vorerbe nach der Vollstreckbarkeit noch vorgenommen hat, sind unwirksam. Das gilt jedoch insoweit nicht, als es sich um Verfügungen über Gegenstände aus dem Nachlaß zu Gunsten gutgläubiger Dritter handelt. Denn nach § 2129/II/1 BGB finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung (§§ 932 ff, 892 BGB). In Bezug auf die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke oder Rechte an solchen wird die Anordnung der gerichtlichen Verwaltung zwar nicht von amtswegen gemäß § 51 (52) GBO, aber doch auf Antrag gemäß §§ 13, 22 GBO im Grundbuch einzutragen sein.

Erwähnt sei noch, daß durch die Bestimmungen der §§ 2128, 2129 BGB dem Nacherben die Möglichkeit, gegen den Vorerben bei Vorhandensein der nötigen Voraussetzungen eine einstweilige Verfügung oder einen Arrest zu erwirken, nicht entzogen worden ist [167]). Diese Schutzmittel, die vorübergehender Natur sind, wird der Nacherbe dann erstreben, wenn die Sicherung des Nachlasses ein rasches Vorgehen gegen den Vorerben erforderlich macht. Über die durch Arrest oder einstweilige Verfügung angeordneten Sicherungsmaßnahmen wird immer erst durch ein Urteil endgültig entschieden werden. Das Gericht hat nur die vorläufigen Schutzmaßnahmen zu treffen.

V.

Testamentsvollstreckung nach § 2222 BGB.

Besteht die Gefahr, daß die Rechte des Nacherben gegenüber dem Handeln des Vorerben nicht tatkräftig gewahrt werden können, weil etwa der Vorerbe der Vater des noch minderjährigen Nacherben ist und als solcher die elterliche Gewalt (§§ 1626 ff BGB) ausübt, oder weil der Nacherbe noch gar nicht geboren ist, so kann der Erblasser diesem Nachteil, der leicht zu einer Schädigung des Nachlasses durch den unbewachten Vorerben führen

---

eine Frist zur Sicherheitsleistung zu setzen und nach deren fruchtlosen Ablauf ihm die Verwaltung zu entziehen und einen gerichtlichen Verwalter zu bestellen. (Weber, in Sächs. Rechtspfl. Arch. 1933 / S. 1—4, RGR-Komm. § 2128 / Anm. 3, a. A. Planck, § 2128 / Anm. 3b.

[167]) RGR-Komm. 2128 / Anm. 3, Staudinger, §§ 2127—29 / Anm. II/2, Wolffgarten, S. 29, Prot. V / 124.

könnte, dadurch abhelfen, daß er für den Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge einen Testamentsvollstrecker gemäß § 2222 BGB ernennt, bzw. die Ernennung dem Nachlaßgericht überläßt. Dieser Testamentsvollstrecker hat dann die Rechte des Nacherben bis zum Anfall der Erbschaft an den Nacherben wahrzunehmen (§§ 2116—19, 2121, 2123, 2127—29 BGB, 773 ZPO). Bei Grundbucheintragungen muß dieser Nacherbentestamentsvollstrecker erwähnt werden [168]). Wird dem Vorerben ein Erbschein ausgestellt, so muß auch die Anordnung der Nacherbentestamentsvollstrekkung mit in den Erbschein aufgenommen werden. Das Amt des Nacherbentestamentsvollstreckers endigt mit dem Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalles. Es gelten daher in zeitlicher Beziehung die zeitlichen Schranken der Vor- und Nacherbschaft.

§ 5.

Die zeitlichen Schranken des Erblassers bei Anordnung der Nacherbfolge.

Abschließend sind zur Frage, wie der Nachlaß durch die Anordnung der Nacherbfolge gesichert werden kann, noch einige Bemerkungen dazu notwendig, inwieweit der Erblasser bei seinem Bestreben der Sicherung des Nachlasses durch die Nacherbeneinsetzung zeitlich beschränkt ist.

Die Wirksamkeit der Nacherbeneinsetzung hat der Gesetzgeber aus volkswirtschaftlichen Gründen zeitlich beschränkt an Stelle der im früheren Recht üblichen Beschränkung nach der Zahl der Nacherbfälle [169]). Man wollte damit dem Erblasser die Macht nehmen, sein Vermögen auf unabsehbare Zeit zu binden und dem freien Verkehr vorzuenthalten. Die Bindung des Nachlasses soll in der Regel ein Menschenalter nicht überdauern. Nach Ablauf dieser Zeit von 30 Jahren wollte man nur noch Ereignisse berücksichtigen, welche in der zur Zeit des Erbfalls bereits lebenden Generation des bzw. der Beteiligten eintreten [170]).

Der Erblasser kann demnach grundsätzlich, abgesehen von den Ausnahmen, nur 30 Jahre lang seinen Nachlaß gegen die Verschwendung seines Abkömmlings durch Anordnung der Nacherbfolge schützen. Hat er z. B. angeordnet: „Mein Abkömmling A soll Vorerbe und nach seinem Tod sein Sohn B Nacherbe sein", so könnte der Abkömmling, wenn er den Erblasser um mehr als 30 Jahre überlebt, den Zweck der Nacherbeneinsetzung nach der grundsätzlichen zeitlichen Beschränkung leicht vereiteln. Denn nach Ablauf von 30 Jahren ist er vollkommen unbeschränkt in der Verfügung über den Nachlaß. Um das zu vermeiden, müßte der Erblasser anordnen, daß die Nacherbfolge innerhalb der nächsten 30 Jahre nach seinem Tode eintritt. Das könnte aber, wenn der Vorerbe noch länger lebt, wieder eine Benachteiligung des Vorerben sein, die der Erblasser vielleicht auch nicht gewollt hat.

Hier kann dann dem Erblasser geholfen werden durch die Bestimmung in Ziff. 1 des § 2109 BGB. Sie stellt zwei Erfordernisse

---

[168]) KG 40 / Nr. 40, S. 196 ff.
[169]) Meischeider, S. 218.
[170]) Prot. V / 240.

auf: Einmal muß in der Person des Vorerben oder Nacherben ein Ereignis eintreten. Dieses Ereignis kann auch in einem Tun, Unterlassen oder Erleiden des Vor- oder Nacherben, in dessen Person das Ereignis eintreten muß, bestehen. Jetzt kann dann der Erblasser die Nacherbfolge anordnen, die über die Zeitgrenze von 30 Jahren hinaus wirksam ist, wenn er z. B. bestimmt: „Mein Abkömmling A soll mein Vorerbe sein, dessen Sohn B nach dem Tode des A oder von dem Zeitpunkt ab, wo A durch seine Verschwendung den Bestand des Nachlasses gefährdet, Nacherbe sein". Die Zeitgrenze von 30 Jahren ist damit umgangen, der Abkömmling ist nicht zu kurz gekommen, denn er hat es in seiner Hand, bis zu seinem Tode Vorerbe zu sein, und der Nachlaß ist auf alle Fälle gesichert. Besteht aber die Gefahr, daß der Abkömmling als Inhaber der väterlichen Gewalt über seinen Sohn den Nacherben, seine Stellung zu seinen Gunsten und zu Ungunsten des Nacherben ausnützen könnte, so könnte der Erblasser den Nachlaß in der oben [171]) erwähnten Möglichkeit sichern.

Die weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2109/ Ziff. 1 BGB ist, daß derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten muß, zur Zeit des Erbfalles lebt. Daraus ist, auf mein oben erwähntes Beispiel angewandt ersichtlich, daß nur der Vorerbe und Abkömmling, wenn in seiner Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalles leben muß, nicht aber auch der Nacherbe.

Ebenfalls ungebunden an die Grenze von 30 Jahren ist der Erblasser im Falle des § 2109/Ziff. 2 BGB. Diese Bestimmung wird aber in den Fällen, die der Bearbeiter der Aufgabe auf Grund des Titels der Aufgabe annehmen muß, praktisch keine Rolle spielen. Ziff. 2 des § 2109 BGB wäre nur dann von Bedeutung, wenn der Erblasser annehmen würde, daß in seiner Ehe zu seinem Abkömmling hinzu noch andere Kinder geboren werden würden und er hier den nachfolgenden Geschwistern den Nachlaß vor der Verschwendung erhalten wollte.

---

[171]) Vgl. S. 43/44.

C.

Sicherung des Nachlasses durch Anordnung der Testamentsvollstreckung.

§ 6.

Allgemeines über die Testamentsvollstreckung.

Die zweite Möglichkeit eines Erblassers, seinen Nachlaß gegen die Verschwendung seines Abkömmlings zu sichern, stellt die Anordnung der Testamentsvollstreckung dar. In Betracht kommt, um den Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung auch tatsächlich zu erreichen, nicht die Art der Testamentsvollstrekkung, deren Aufgabe es lediglich ist, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und eventuell die Auseinandersetzung unter den Miterben, wenn solche vorhanden sind, zu leiten und vollziehen, sondern nur die Testamentsvollstreckung, die während der vom Erblasser bestimmten Zeit den Nachlaß zu verwalten und dafür zu sorgen hat, daß er eher vermehrt als vermindert wird.

Über die Eigenschaft und das Wesen der Testamentsvollstrekkung wurden früher viele und sich sehr widersprechende Theorien vertreten [1]). Die herrschende, auch vom Reichsgericht vertretene Theorie besagt, daß der Testamentsvollstrecker ein mit selbständigen Rechten und Pflichten ausgestattetes Amt verwaltet, das er im Interesse aller Beteiligten, in eigenem Namen auszuüben hat [2]). Der Inhalt des Amtes des Testamentsvollstreckers wird durch die Anordnungen des Erblassers festgelegt und ist, auch wenn die Zustimmung der oder des Erben vorhanden ist, nicht ohne weiteres abänderlich [3]). Das Amt des Testamentsvollstreckers selbst ist privatrechtlicher, nicht öffentlich-rechtlicher Natur [4]). Denn der Testamentsvollstrecker leitet seine Befugnisse nicht von der Staatsgewalt her, sondern aus dem Willen des Erblassers ab und ist nach dessen Tod gleichsam sein Bevollmächtigter [5]). Er handelt vermöge eigenen, auf dem ihm vom Erblasser übertragenen Amt beruhenden Rechtes, weshalb er auch im Prozeß als Partei zu betrachten ist [6]). Daher ist er auch nicht an den ihm entgegengesetzten, übereinstimmenden Willen der Erben gebunden, wenn seine

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellungen bei Rauh, S. 13 ff., Werny, S. 4, Rotschuh, S. 2.
[2]) RG 56/330, 75/302.
[3]) RG 74/218, RG in JW 1913 / 379 / Nr. 13.
[4]) RG 56/330, 76/126.
[5]) RG 75/302, RG 130/134.
[6]) RG 56 / a. a. O. RG in JW 1910 / 802 / Nr. 9, RG 61/145.

Handlungen und Verfügungen den Anordnungen und dem erkennbaren Willen des Erblassers entsprechen [7]).

Diese Anordnung der Testamentsvollstreckung wird zumeist dann in Betracht kommen, wenn der Erblasser seinem bzw. seinen Abkömmlingen den Bestand des Vermögens erhalten wissen will und wenn es für die Anordnung der Nacherbfolge an der Nachkommenschaft seiner Abkömmlinge ermangelt. Abgesehen davon kann natürlich die Testamentsvollstreckung auch noch in anderen Fällen angeordnet werden, insbesondere anstatt oder neben der Nacherbfolge [8]).

Die ganze Sicherungswirkung der Testamentsvollstreckung würde aber zu nichte werden und der Nachlaß dem Zugriff der Gläubiger des Erben und der Verschwendung desselben preisgegeben sein, wenn der Testamentsvollstrecker vor Ablauf seiner Zeit und vor dem Abkömmling durch Tod, Rücktritt, Verlust der Geschäftsfähigkeit oder einen anderen Grund wegfallen würde. Sein Amt ist unvererblich und kein anderer Testamentsvollstrekker könnte ohne die Anordnung des Erblassers an seine Stelle treten. Um sicher zu gehen, wird daher der Erblasser einen oder mehrere Ersatztestamentsvollstrecker für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens des eigentlichen Testamentsvollstreckers gemäß § 2197/2 BGB bestimmen. Der Erblasser hat auch das Recht, dem von ihm bestellten Testamentsvollstrecker die Bestimmung seines Ersatzmannes zu erlassen. Diese Bestimmung trägt insofern einen Vorteil in sich, als dadurch der Fall vermieden werden kann, daß der Ersatztestamentsvollstrecker und eventuell auch dessen Ersatzmann vor dem eigentlichen Testamentsvollstrecker wegfallen. Sie hat aber den Nachteil, daß der Testamentsvollstrecker absichtlich oder unabsichtlich vom Vollzug dieser Bestimmung keinen Gebrauch macht, und dann bei seinem Wegfall doch kein Ersatztestamentsvollstrecker bestellt ist. Um den Eintritt dieser, für den Nachlaß natürlich sehr nachteiligen Möglichkeit zu verhindern, wird es daher für den Erblasser das Beste sein, den Testamentsvollstrecker aufzustellen und das Recht, den Ersatzmann und dessen Ersatzmann zu bestimmen, dem Nachlaßgericht überlassen. § 2200/I BGB. Das Nachlaßgericht wird in der Lage sein, einen geeigneten Testamentsvollstrecker aufzustellen, wenn der vom Erblasser bestimmte Testamentsvollstrecker sein Amt nicht annimmt oder wegfällt, so daß nie der Fall eintreten wird, daß der Nachlaß ohne Testamentsvollstrecker ist.

Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit der Annahme durch ihn. § 2202 BGB. Die Annahme kann aus verständlichen Gründen oft erst mehr oder weniger lange Zeit nach dem Tode des Erblassers erklärt werden und inzwischen könnte unter Umständen durch den Zugriff der Gläubiger auf den Nachlaß oder durch Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände der ganze Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung vollkommen vereitelt werden. Um diese, vom Gesetzgeber nicht gewollte Möglichkeit auszuschalten, sind sich Wissenschaft und Rechtsprechung darüber einig, daß den durch die Testamentsvollstreckung bewirkten gesetzlichen Beschränkungen rückwirkende Kraft zukommen

---

[7]) RG 61 / a. a. O., 74 / a. a. O.
[8]) Vgl. hierüber unten S. 64 / Anm. 11.

muß, sobald der Testamentsvollstrecker sein Amt angenommen hat [9]).

§ 7.

Sicherung des Nachlasses gegen den Zugriff der Privatgläubiger des Erben.

I.

Sicherung der Substanz des Nachlasses.

Die Stellung der Gläubiger des Erben ist im Falle der Anordnung der verwaltenden Testamentsvollstreckung (§§ 2205, 2209 BGB) im wesentlichen die gleiche wie bei der Anordnung der Nacherbfolge. Der Zugriff auf die einzelnen Nachlaßgegenstände ist ihnen gemäß § 2214 BGB verwehrt, soweit sie der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen. Daß bei der Verschwendung des Abkömmlings kein Nachlaßgegenstand, der nur irgendwie von Wert ist, von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers ausgenommen ist (§ 2208 BGB) ist selbstverständlich. Die Gläubiger können daher aus den Nachlaßgegenständen, die in der sicheren Obhut des Testamentsvollstreckers sind (Immobilien durch Grundbucheintragung gemäß § 52 (53) GBO, Mobilien durch Inbesitznahme des Testamentsvollstreckers) keine Befriedigung für ihre Forderungen erlangen, so lange die Testamentsvollstrekkung dauert. § 2210 BGB. Somit ist die Substanz dem Zugriff der Gläubiger entzogen.

Wenn ein Gläubiger versucht, sich entgegen den gesetzlichen Vorschriften an einem Nachlaßgegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung schadlos zu halten, so ist die Vorschrift des § 2214 BGB, wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung dem Vollstreckungsgericht, bzw. Vollstreckungsorgan bekannt ist, von amtswegen zu berücksichtigen [10]).

Wird dagegen die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht berücksichtigt und zu Gunsten eines Gläubigers die Zwangsvollstreckung in einen Nachlaßgegenstand durchgeführt, so ist das Verfahren als von Anfang an unstatthaft zu betrachten [11]). Ganz gleichgültig ist dabei, ob das Vollstreckungsgericht bei Anordnung der Zwangsvollstreckung in seiner Entscheidung nur eine Anordnung trifft, deren Wirkung erst nach Beendigung der Testamentsvollstreckung eintritt [12]). Denn auch eine derartige Vollstreckungsentscheidung würde die Erfüllung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers stören. Ein nach dem Tode des Erblassers gegen den Nachlaß gerichtetes Zwangsvollstreckungsverfahren entbehrt auch dann der Statthaftigkeit, wenn der Te-

[9]) RGR-Komm. §§ 2214, 2211 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2212—14 / Anm. 2, Planck, § 2211 / Anm. 3, Soergel, § 2214, Kretzschmar, § 46 / II / 3 c, Strohal, § 40a / IV / 1a, Dernburg, V / § 140 / IV, KG 40/196 ff., insbesondere 201, a. A. dagegen Leonhard, § 2211 / Anm. I / B.

[10]) Planck, § 2214 / Anm. 4.

[11]) RGR-Komm. § 2214 / Anm. 1, Staudinger, §§ 2212—14 / Anm. II, RG in LZ 1916 / 1473 / Nr. 8.

[12]) Staudinger, a. a. O., Planck, § 2214 / Anm. 4, LZ a. a. O.

stamentsvollstrecker sein Amt noch nicht angenommen hat. Das ergibt sich aus den obigen Ausführungen über die rückwirkende Kraft der Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers. Wird trotz dieser Hinderungsgründe ein Zwangsvollstreckungsverfahren anhängig und durchgeführt, so kann der Testamentsvollstrekker nach Annahme seines Amtes auf Grund der Bestimmung des § 766 ZPO beim Vollstreckungsgericht Erinnerung erheben und die Rückgängigmachung der Zuwiderhandlung erwirken.

Selbstverständlich kann auch der Erbe von diesem Rechtsbehelf Gebrauch machen. Ablehnen muß man aber die Ansicht, daß nur der Erbe als Interessierter, nicht aber der Testamentsvollstrecker als Nichtinteressierter nach § 766 ZPO handeln könne [13]).

II.

Sicherung der Nutzungen des Nachlasses.

Im Gegensatz zu den Nachlaßgegenständen, welche die Substanz des Nachlasses bilden, unterliegen wie bei der Nacherbfolge auch bei der Testamentsvollstreckung die Nutzungen des Nachlasses dem Zugriff der Gläubiger. Man könnte zwar der Meinung sein, daß die Nutzungen ebenfalls durch § 2214 BGB geschützt werden; denn bei der Nacherbfolge werden die Nutzungen nur deshalb nicht geschützt, weil sie nicht bestimmt sind, einmal auf den Nacherben überzugehen. Geschützt wird hier nur, was nicht dauernd in dem Eigentum des Vorerben bleibt. Daraus ließe sich unter Umständen folgern, daß bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung, weil diese auch den Erben als solchen schützt (wenn auch der Zweck der Testamentsvollstreckung nicht ausschließlich der Schutz des Erben ist) der Schutz ein totaler sein soll, also sowohl die Substanz als auch deren Nutzungen umfassen muß. Diese Ansicht würde aber mit § 2214 BGB nicht übereinstimmen, denn hier wird bestimmt, daß nur die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstände geschützt sind. Von den Nutzungen dieser Gegenstände ist nicht die Rede. Auch aus der Begründung des § 2214 ist die Richtigkeit dieser Ansicht zu ersehen. Denn diese Vorschrift ist aus der Erwägung heraus entstanden, daß der Testamentsvollstrecker seiner Aufgabe nicht gerecht zu werden vermöchte, wenn er dauernd gezwungen wäre, einem persönlichen Gläubiger des Erben den Bestand des Nachlasses anzugeben und eine Wahrscheinlichkeitsrechnung darüber anzustellen, ob nach der Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten für den Erben und dessen Gläubiger ein Rest verbleiben würde [14]). Daß die Nutzungen nicht dem Schutz des § 2214 BGB unterliegen, ergibt sich auch daraus, daß sie im Falle eines Konkurses des Erben vom Testamentsvollstrecker an den Konkursverwalter herauszugeben sind [15]). Ein Schutz der Nutzungen kann beim Vorliegen der Testamentsvollstreckung auch nicht aus § 850 g/Ziff. 3 ZPO abgeleitet werden. Denn wenn der Erbe wirklich sich und seine Familie nicht mit eigenen Mitteln unterhalten kann, muß ihm der

[13]) Vgl. unten S. 81/82 / Anm. 60, 61.
[14]) Prot. V / 297.
[15]) Kretzschmar, in LZ 1914 / Sp. 557.

Testamentsvollstrecker so viel Unterstützung, wie er nötig hat, aus dem Nachlaß gewähren. Wenn die Nutzungen von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, muß die Unterstützung des Erben auf Kosten der Substanz des Nachlasses gehen. Der Nachlaß muß ja nicht wie bei der Nacherbfolge, in seiner Substanz für einen Dritten, den Nacherben, bewahrt und erhalten werden, sondern soll nur vor der Verschwendung des Erben geschützt, darf ihm aber nicht vorenthalten werden.

III.

Sicherung des Nachlasses gegen die Aufrechnung durch Privatgläubiger.

Nachdem die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht statthaft ist, ist auch eine Aufrechnung eines Gläubigers, der gleichzeitig Nachlaßschuldner ist, mit seiner Forderung gegen die Forderung des Nachlasses unzulässig. Bei der Nacherbfolge gilt dasselbe [16]). Zwar ist hier hauptsächlich ausschlaggebend der Wunsch, durch die Aufrechnung den Nachlaß nicht zu Ungunsten des Nacherben zu verringern. Dieser Zweck fällt bei der Testamentsvollstreckung weg, da der Erbe der Eigentümer des Nachlasses bleibt. Aber dennoch kann eine Aufrechnung nicht gebilligt werden, denn es ist dem Gläubiger unmöglich, für den Fall, daß er selbst seine Schuld an den Erben schon bezahlt hätte, die Bezahlung der Schuld des Erben aus dem Nachlaß zwangsweise zu bewirken, da § 2214 diesem Bestreben im Wege steht. Wenn es aber dem Gläubiger schon unmöglich ist, mit Hilfe des Gerichtes die Befriedigung für seine Forderung zu erlangen, so kann man ihm auch nicht das Recht zubilligen, diese Befriedigung, wenn er seine Schuld noch nicht bezahlt hat, einfach durch Erklärung der Aufrechnung zu erlangen. Auf diese Weise kann der unnatürliche Fall eintreten, daß der Gläubiger an den Erben seine Schuld bezahlen muß, aber vom Erben selbst für seine Forderung nicht befriedigt wird. Allerdings kann der Testamentsvollstrecker den Gläubiger aus dem Nachlaß befriedigen, soweit der Nachlaß reicht.

IV.

Sicherung des Nachlasses bei Arrest.

Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände bedingt auch, daß ein Arrest eines Gläubigers jeder Grundlage entbehrt. Denn der Arrest ist ausschließlich eine Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen oder eines Anspruches, der in eine solche übergehen kann. Das Gericht wird ein Arrestgesuch eines Gläubigers von vornherein zurückweisen, wenn es Kenntnis von der Anordnung der Testamentsvollstreckung hat. Hat es diese Kenntnis nicht oder gibt es dem Arrestgesuch statt, so wird der Testamentsvollstrekker, wenn ein Arresturteil ergangen ist, dieses mit dem Rechtsmittel der Berufung anfechten, wenn dagegen ein Arrestbeschluß

[16]) Vgl. oben S. 16.

ergangen ist, hiergegen Widerspruch erheben und jederzeit mit seinem Verteidigungsmittel durchdringen.

V.

Sicherung des Nachlasses im Konkurs des Erben.

Etwas anders als bei der Nacherbfolge, wenn auch im Endergebnis gleich ist die Rechtslage bei einem Konkurs des Erben. Das vom Testamentsvollstrecker verwaltete Vermögen des Erben kann, da es der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt, nicht in die Konkursmasse gemäß § 1 KO fallen. Im Gegensatz zur Regelung bei der Nacherbfolge, wo der Konkursverwalter auch der Verwalter des der Vor- und Nacherbschaft unterliegenden Vermögens ist und die Nutzungen zieht, bleibt hier das Vermögen in Verwaltung und Besitz des Testamentsvollstreckers [17]). Der Konkursverwalter kann vom Testamentsvollstrecker lediglich den Reinertrag des Vermögens herausverlangen, diesen aber ungeschmälert. Denn § 850 g/Ziff. 3 ZPO findet schon bei der Einzelzwangsvollstrekkung keine Anwendung, also auch hier nicht. § 13 KO hat keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse des Testamentsvollstreckers, wie sich notwendig daraus ergeben muß, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers durch den Erbenkonkurs nicht gemindert wird [18]). Befindet sich ein Nachlaßgegenstand zufällig in der Konkursmasse, so kann der Testamentsvollstrecker im Wege der Aussonderung (§ 43 KO) den Gegenstand zurückverlangen. Denn der Gegenstand unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung und ist daher massefremd. Will der Konkursverwalter den Gegenstand nicht freiwillig herausgeben, dann bleibt dem Testamentsvollstrecker nur der Weg offen, auf Herausgabe des Gegenstandes gegen den Konkursverwalter zu klagen.

§ 8.

Stellung des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben und des Testamentsvollstreckers.

I.

Unwirksamkeit der Verfügungen des Erben.

Der Nachlaß ist gegen die Verschwendung des Erben nur dann gesichert, wenn durch das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers gleichzeitig die Verfügungsmacht des Erben über den Nachlaß vollkommen aufgehoben wird. Dieser Notwendigkeit ist in § 2211 BGB Rechnung getragen worden. Die Beschränkung des Erben betrifft dabei natürlich nur die dingliche Verfügungsmacht, unberührt dagegen bleibt für den Erben die

[17]) Jäger, § 1 / Anm 25, Strohal, § 40a / Anm. 12, Kretzschmar, in LZ 1914 / Sp. 557.
[18]) Strohal, a. a. O.

Möglichkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung [19]). Die Verfügungsbeschränkung des Erben umfaßt aber sonst jede Verfügung, so auch den Schulderlaß, den Verzicht [20]), ferner die Verfügungen, die durch ein Urteil ersetzt werden (§§ 894 ff ZPO). Ein Bedürfnis für die besondere Erwähnung dieser Art von Verfügungen in § 2211 BGB bestand nicht [21]).

Ebenso wie bei den unerlaubten Verfügungen des Vorerben erhebt sich auch hier, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist, wieder die Frage nach der Natur der Unwirksamkeit der Verfügungen des Erben, die entgegen § 2211 vorgenommen worden sind. Auch hier vertritt die heute herrschende Meinung die Theorie, daß die Unwirksamkeit nicht relativ, sondern absolut ist [22]). Eine entgegen § 2211 vorgenommene Verfügung des Erben ist also schlechthin unwirksam, denn diese Beschränkungen des Erben gehen noch über die des relativen Veräußerungsverbotes nach § 135 BGB hinaus.

Wie bei allen in der Testamentsvollstreckung begründeten Wirkungen tritt auch die Verfügungsbeschränkung des Erben gemäß § 2211 BGB nicht erst ein, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt angenommen hat, sondern sie gilt schon von dem Augenblick des Erbfalles an [23]), wenn der Testamentsvollstrecker später dann die Annahme seines Amtes erklärt. Das ist, wie schon oben erwähnt, notwendig, um die Möglichkeit der Vereitelung des Zweckes der Testamentsvollstreckung in der Zeit zwischen Erbfall und Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker zu verhindern.

Die Verfügungen des Erben entgegen § 2211 BGB könnten nur auf Grund des Schutzes gutgläubiger Erwerber gültig werden (§§ 2211/2, 892, 893, 932 ff, 1032, 1207, 1208, 1244 BGB). Wenn es sich aber um bewegliche Sachen oder Rechte handelt, so wird man eine den guten Glauben zerstörende grobe Fahrlässigkeit des Erwerbers schon dann annehmen müssen, wenn er wußte, daß die Sache oder das Recht zu einem Nachlaß gehört, sich aber nicht darum kümmerte, in Erfahrung zu bringen, ob der Veräußerer zu der Verfügung berechtigt gewesen ist [24]). Wenn der Erwerber zwar wußte, daß Testamentsvollstreckung angeordnet ist, aber der Meinung war, der von ihm erworbene Gegenstand unterliege der Testamentsvollstreckung nicht, sondern stehe dem Erben frei zur Verfügung, so kann er sich ebenfalls nicht auf seinen guten Glauben berufen [25]).

---

[19]) RGR-Komm. § 2211 / Anm. 1, Staudinger, § 2211 / Anm. 3, Planck, § 2211 / Anm. 2, RG im „Recht" 21/1394, RG in HRR 1929 / Nr. 1833.

[20]) Planck, a. a. O.

[21]) Prot. VI / 129.

[22]) RGR-Komm. a. a. O., Staudinger, § 2211 / Anm. 1, Planck, § 2211 / Anm. 4, Leonhard, § 2211 / Anm. II / A, Warneyer, § 2211, Predari, § 53 / Anm. 1, Ebbecke, in Gruch. 61/564, RG 87/432—33, KG in RJA 8/47 ff. insbes. 51, Enneccerus, § 120/1, a. A. Kretzschmar, § 46 / II / 3c / Anm. 25, Sturm, S. 75.

[23]) RGR-Komm. § 2211 / Anm. 1, Staudinger, § 2211 / Anm. 1, Planck, § 2211 / Anm. 3, Dernburg, V / § 139 / V, Strohal, § 40a / IV / 1a, Kretzschmar, § 46 / II / 3c / Anm. 16, Enneccerus, § 120 / Anm. 1 a. E., KG 40/196 ff. insbes. 201, a. A. Leonhard, § 2211 / I / B.

[24]) RGR-Komm. § 2211 / Anm. 2, Planck, § 2211 / Anm. 6.

[25]) RG 74/219.

Bei Immobilien kann m. E. der Erwerber dann nicht tatsächlicher Buchberechtigter werden, wenn noch der Erblasser im Grundbuch eingetragen ist; denn er kann sich hier nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen. Selbst wenn er gutgläubig ist, versagt in diesem Fall der Schutz des § 892 BGB.

II.

Besitzergreifung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker.

Um eine Schädigung des Nachlasses durch eine infolge des guten Glaubens des Erwerbers gültige Verfügung des Erben zu vermeiden, wird der Testamentsvollstrecker den Nachlaß in seine Gewalt zu bringen trachten.

Handelt es sich bei den Nachlaßgegenständen um bewegliche Sachen, so muß es das Bestreben des Testamentsvollstreckers sein, diese in seinen Besitz zu bekommen. Zu dieser Inbesitznahme ist er nach § 2205 BGB befugt. Er muß vom Erben, auf den gemäß des durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht berührten § 857 BGB der Besitz übergeht, die Herausgabe der verschiedenen Nachlaßsachen verlangen. Ist der Erbe hierzu nicht bereit, so darf der Testamentsvollstrecker ihm nicht einfach die Sachen mit Gewalt wegnehmen. Denn es wäre verbotene Eigenmacht, und in einem derartigen Fall könnte der Erbe gegen den Testamentsvollstrecker den Besitzentziehungsanspruch gemäß § 861 BGB klageweise geltend machen mit dem Ziel, die Wiedereinräumung des Besitzes zu erlangen. Der Testamentsvollstrecker könnte dieser Klage des Erben keinerlei Einwendungen aus seinem Recht zum Besitz entgegenhalten. § 863 BGB. Er könnte der Besitzklage auch nicht eine auf das Recht zum Besitz gegründete Widerklage entgegensetzen [26]). Ihm bliebe nichts anderes übrig, als sein Recht auf den Besitz in einem besonderen Verfahren geltend zu machen. Wenn also der Erbe die Herausgabe der Sachen verweigert, wird der Testamentsvollstrecker von vornherein Klage auf Herausgabe erheben und unter Umständen noch ein Bestandsverzeichnis gemäß § 261 BGB verlangen. Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichnis vom Erben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt ist, so kann der Testamentsvollstrecker vom Erben die Ableistung eines Offenbarungseides verlangen: § 260/1 BGB. (Von Beachtung ist für die Leistung des Offenbarungseides: § 63 FGG, 889 ZPO.) Um wenigstens vorläufig einen Mißbrauch des Besitzes der Nachlaßgegenstände durch den Erben zu verhindern, kann der Testamentsvollstrecker einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung gegen den Erben bei Vorhandensein der notwendigen Voraussetzungen erwirken.

III.

Schutz der im Grundbuch eingetragenen Rechte.

Die im Grundbuch eingetragenen Rechte des Erben werden ebenfalls weitgehendst vor der Verschwendung des Erben und

[26]) RG 23/397.

ihren Folgen geschützt. Eine Verfügung des Erben über Grundbuchrechte ist sowieso praktisch fast unmöglich. Denn ist der Erbe als Eigentümer der Rechte noch nicht im Grundbuch eingetragen, so ergibt sich seine Verfügungsunmöglichkeit aus den zu seiner Legitimation notwendigen Papieren (Erbschein oder öffentliches Testament). Ist er dagegen schon eingetragen, so ist auch von amtswegen die Anordnung der Testamentsvollstreckung eingetragen worden (§ 52 [53] GBO). Verlangt der Erbe seine eigene Eintragung ohne die Miteintragung der Anordnung der Testamentsvollstreckung, so ist sein Antrag vom Grundbuchamt zurückzuweisen oder durch Zwischenverfügung zu beanstanden [27]). Dem Erben ist bei der Testamentsvollstreckung im Gegensatz zum Vorerben jede Verfügungsbefugnis entzogen, das Grundbuch ist daher in Bezug auf Verfügungen des Erben vollkommen gesperrt, was beim Vorerben nicht der Fall ist.

Ist der Erbe im Grundbuch als Rechtsnachfolger des Erblassers noch nicht eingetragen, so wird ein vorsichtiger Testamentsvollstrecker sich nicht darauf verlassen, daß eine Verfügung des Erben doch nicht gut möglich ist, sondern er wird danach trachten, daß der Erbe und damit auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung im Grundbuch eingetragen wird. Gemäß § 22/2 GBO kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentümers nur mit der Zustimmung des Eigentümers, das wäre des Erben, erfolgen. Nachdem aber dem Erben jedes Verfügungsrecht entzogen ist, darf der Testamentsvollstrecker auch die nach § 22/2 GBO erforderliche Zustimmung des Erben kraft eigenen Rechtes erklären [28]). Er muß also nicht erst gegen den Erben, wie der Nacherbe gegen den Vorerben, Klage erheben auf Erteilung seiner Zustimmung zur Grundbuchberichtigung. Dabei ist dem Testamentsvollstrecker aber jetzt die Möglichkeit genommen, einfach die Eintragung des Erben (und der Anordnung der Testamentsvollstreckung) nicht zu veranlassen, wenn er sowieso eine Verfügungsmöglichkeit des Erben für ausgeschlossen erachtet; denn in §§ 82, 83 GBO ist jetzt der Berichtigungszwang angeordnet worden. Der Testamentsvollstrecker kann vom Grundbuchamt aus, wenn nötig mit Zwangsmaßnahmen angehalten werden, die Berichtigung des Grundbuches zu beantragen.

Dem Grundbuchamt gegenüber weist sich der Testamentsvollstrecker aus durch Vorlegung einer Ausfertigung des betreffenden öffentlichen Testamentes (nebst Eröffnungsprotokoll) oder durch ein ihm gemäß § 2368 GBO vom Nachlaßgericht zu erteilendes Testamentsvollstreckerzeugnis. Bei der Eintragung der Anordnung der Testamentsvollstreckung im Grundbuch gemäß § 52 (53) GBO handelt es sich nur darum, die Gebundenheit des Erben zum Ausdruck zu bringen, nicht etwa eine grundbuchmäßige Legitimation des Testamentsvollstreckers herzustellen. Deshalb bedingt der Wegfall des ersten Testamentsvollstreckers und der Amtsantritt seines Ersatzmannes keine neue Eintragung. Eingetragen wird im Grundbuch nur die Anordnung der Testamentsvollstreckung, nicht aber der Name des Testamentsvollstreckers [29])

[27]) Rozyki-Hoewel, § 82, KG 48 / Nr. 40/145.

[28]) Güthe, § 36 / Anm. 72, Brand-Schnitzler, § 164 / S. 411, KG in RJA 11 / S. 126, a.M. Kretzschmar, in ZBlFG 2 / 713 ff. insbesondere 720.

[29]) Predari, § 53 / Anm. 1.

oder ähnliche Angaben, wie etwaige Beschränkungen des Testamentsvollstreckers.

IV.

Sicherung des Nachlasses bei Verfügungen des Erben.

Ist es dem Erben gelungen, eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand zu treffen, die infolge des guten Glaubens des Erwerbers gültig ist, so hat der Testamentsvollstrecker (wie der Nacherbe) das Recht aus § 816/I/1 BGB. War die Verfügung entgeltlich, so kann er vom Erben die Herausgabe des Entgelts verlangen, wenn nötig auf dem Klagewege. War dagegen die Verfügung unentgeltlich, dann kann er die Herausgabe des Gegenstandes von dem, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgte, verlangen. Handelt es sich bei dem fraglichen Gegenstand um ein Grundbuchrecht, so kommt auch die Haftung des Grundbuchbeamten gemäß § 839 BGB in Frage, die wieder vom Staat gemäß Art. 131 RV übernommen werden würde, wenn der Beamte, was der Fall sein wird, in Ausübung der ihm übertragenen Hoheitsrechte gehandelt hat.

Die Nachlaßgegenstände sind also sehr stark gesichert vor Verfügungen des Erben, denn selbst wenn der Erbe gültig verfügen würde, besteht immer noch die Möglichkeit auf Grund der eben angegebenen Bestimmungen den durch die Verfügung des Erben entstandenen Schaden wieder gut zu machen.

V.

Sicherung gegen die Verfügung des Erben über den ganzen Erbteil.

Einige Bemerkungen sind noch notwendig über die Frage, ob der Erbe, wenn er Miterbe und durch die Testamentsvollstreckung beschränkt ist, vor der Auseinandersetzung der Erbschaft über seinen Erbteil gemäß § 2033 BGB verfügen kann. Der Erbteil i. S. des § 2033 BGB ist kein Nachlaßgegenstand [30]) und nur in Bezug auf diese ist der Erbe nach § 2211 BGB in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt. Daher stünde der Verfügung über den ganzen Erbteil durch den durch die Testamentsvollstreckung belasteten Miterben an sich nichts im Wege [31]). Die Anordnung der Testamentsvollstreckung bliebe aber nach der Verfügung noch weiter bestehen, der Erwerber des Erbteils des Miterben würde hinsichtlich der Verfügungsmacht über die einzelnen Nachlaßgegenstände, die ihm bei der Erbenauseinandersetzung zugefallen sind, genau so beschränkt sein, wie es der Erbe wäre [32]). Der Sinn und Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser, die Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwen-

[30]) Vgl. Staudinger, § 2033 / Anm. Ia, § 2205 / Anm. 3 / 3. Absatz a. E.
[31]) Staudinger, § 2033 / a. a. O., § 2211 / Anm. 2, Strohal, § 65 / Anm. 8, Leonhard, § 2211 / Anm. I / B, Rosenberg, S. 111 / § 15.
[32]) § 2376 BGB.

dung des Abkömmlings, wäre damit aber nicht erreicht. (Noch dazu ist es dem Erblasser unmöglich, eine Verfügung des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Miterben über seinen Erbteil von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers abhängig zu machen [33]). Wenn auch die Verfügung des Miterben über seinen der Testamentsvollstreckung unterliegenden Erbteil an sich für zulässig erklärt wird, so kann dies nur die Folge der eigentlichen Gründe und der inneren Bestimmung des § 2033 BGB sein. Denn die Verfügung über den Erbteil nach § 2033 BGB ist nur deshalb zulässig, weil man einem Miterben nicht zumuten wollte, seinen Anteil nicht verwerten zu können, sondern immer den Härten der Erbengemeinschaft unterworfen zu sein, die noch dazu nur vorübergehender Natur ist, also nicht dazu bestimmt ist, zwischen den Miterben engere, für längere Zeit andauernde Beziehungen zu schaffen. Diese Gründe können noch Gültigkeit haben, wenn die Testamentsvollstreckung nur zum Zweck der Auseinandersetzung der Miterben angeordnet ist. Man kann sie m. E. aber nicht mehr gelten lassen, wenn die Testamentsvollstreckung für einen Miterben gerade deshalb angeordnet ist, um den Nachlaßanteil dieses Miterben vor der Verschwendung durch ihn zu sichern [34]), wenn also die Testamentsvollstreckung bewußt und absichtlich auf längere Zeit eine bindende Wirkung haben soll, wenn noch dazu der Umfang der Testamentsvollstreckung in keinerlei Weise durch die gesetzlich zulässigen Bestimmungen beschränkt ist, sondern dem Testamentsvollstrecker die weitestgehenden Vollmachten eingeräumt sind. Bei einer derartigen Sachlage muß man die Fähigkeit des Miterben, über seinen Erbteil nach § 2033 BGB zu verfügen, verneinen, da sie nicht dem eigentlichen Grundgedanken des § 2033 BGB entspricht, sondern dem Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung widersprechen würde.

Zu der Verneinung der Fähigkeit des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben, über seinen Erbteil gemäß § 2033 BGB verfügen zu können, muß man m. A. nach auch entgegen der Ansicht der in Anm. 31, Seite 55, genannten Autoren kommen. Wohl ist ein Erbteil kein Nachlaßgegenstand und nur über solche ist der Erbe in der Verfügung beschränkt. Jedoch muß man beachten, daß gerade aus den einzelnen Nachlaßgegenständen, über die der Erbe nicht verfügen kann, der Erbteil, über den der Erbe nun verfügen können soll, sich zusammensetzt. Dieses plötzliche Überschwenken von der Unfähigkeit der Verfügung zur Fähigkeit der Verfügung ist dem natürlichen und logischen Empfinden zuwider und entgegengesetzt. Ich kann mich daher, abgesehen von den oben erwähnten Gründen, auch deshalb nicht der Ansicht anschließen, daß ein durch Testamentsvollstreckung beschränkter Erbe über seinen Erbteil vor der Auseinandersetzung gemäß § 2033 BGB verfügen kann.

---

[33]) RG in JW 1915 / 245—46 / Nr. 7.
[34]) Rosenberg, S. 111.

VI.

Sicherung des Nachlasses durch die Haftung des Testamentsvollstreckers.

Damit ist die Sicherung des Nachlasses vor der Verschwendung des Abkömmlings durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung genügend erläutert. Der Nachlaß ist sowohl vor den Zugriffen des Abkömmlings als auch dessen Gläubiger gesichert.

Erwähnt sei aber zum Schluß noch die Haftung des Testamentsvollstreckers, soweit sie bei der vorliegenden Aufgabe von Bedeutung ist und in Erscheinung tritt.

Über den erforderlichen Grad der Haftung schweigt § 2219 BGB. Daher finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung, wonach der Testamentsvollstrecker für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet[35]) § 276 BGB. Die Haftung des Testamentsvollstreckers wird dann von praktischer Bedeutung, wenn der Testamentsvollstrecker die sich für ihn aus der Sicherung des Nachlasses gegenüber dem Erben und dessen Gläubigern ergebende Verpflichtungen vorsätzlich oder fahrlässig so schlecht erfüllt, daß dem Erben daraus ein Schaden ersteht. Wenn also der Testamentsvollstrecker z. B. das zum Nachlaß gehörende Bargeld in ein unsicheres Unternehmen steckt, oder einer ihm als unzuverlässig bekannten Bank anvertraut[36]) und dem Erben daraus ein Schaden entsteht, wenn der Testamentsvollstrecker eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht oder nicht rechtzeitig verhindert und den dadurch angerichteten Schaden weder mit Hilfe des § 839 BGB noch des § 816/I/1 wieder gut machen kann, dann haftet er, weil er seinen Pflichten zuwider gehandelt hat.

Deshalb ist auch insofern eine gewisse Sicherung des Nachlasses zu Gunsten des Erben und Abkömmlings, der durch die Testamentsvollstreckung beschränkt ist, gegeben, wenn sich herausstellt, daß der Testamentsvollstrecker nach der vermutlichen Willensmeinung des Erblassers im gegebenen Falle nicht so gehandelt hat wie ein verständiger und gewissenhafter Erbe, hier Testamentsvollstrecker, handeln würde und deshalb für sein Handeln haften muß.

Weiter auf die Frage der Haftung des Testamentsvollstreckers einzugehen, liegt nicht im Bereich der Aufgabe.

§ 9.

Zeitliche Schranken des Erblassers bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung unterliegt aus den gleichen Gründen wie die Anordnung der Nacherbfolge einer zeitlichen Begrenzung von 30 Jahren. Von dieser Begrenzung wird jedoch nur die bei vorliegender Aufgabe allein in Betracht kommende verwaltende Testamentsvollstreckung nach § 2009 BGB erfaßt, nicht dagegen findet die zeitliche Begrenzung Anwendung

[35]) Staudinger, § 2219 / Anm. 1, RGR-Komm. § 2219 / Anm. 1, Planck, § 2219 / Anm. 1, Rosenberg, S. 111.

[36]) RG in LZ 1914 / 1361 / Nr. 18.

auf die Verwaltungstätigkeit der regelmäßigen Testamentsvollstreckung zwischen dem Anfall der Erbschaft und der Erledigung der dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben, hauptsächlich der Auseinandersetzung.

Grundsätzlich wird also die verwaltende Testamentsvollstrekkung nach 30 Jahren seit dem Erbfall [37]) von selbst unwirksam. Sie kann aber über diese 30 Jahre hinaus bestehen bleiben, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß sie bis zum Tode des Abkömmlings (oder des Testamentsvollstreckers) oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fortdauern soll. Die zweckmäßigste Sicherung des Nachlasses vor der Verschwendung des Abkömmlings besteht in der Anordnung der Testamentsvollstreckung bis zum Tode des Abkömmlings. Denn nur er, bzw. seine verschwenderische Veranlagung waren der Grund für die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Wäre die Testamentsvollstreckung angeordnet bis zum Tode des Testamentsvollstreckers, so könnte unter Umständen der Zweck der Anordnung nicht erreicht werden, wenn der Testamentsvollstrecker vor dem Erben stirbt. Denn die Außerkraftsetzung der Frist von 30 Jahren gilt hier nur für den ersten Testamentsvollstrecker, nicht aber für dessen nach § 2199 BGB eventuell benannten Nachfolger [38]). Würde man diese Aufnahmebestimmung auch auf die Nachfolger ausdehnen, dann könnte der Nachlaß (in anderen Fällen) durch mehrere Jahrzehnte hindurch gebunden werden, während der Gesetzgeber grundsätzlich nur eine Bindung von 30 Jahren zuläßt. Stirbt also der erste Testamentsvollstrecker schon vor Ablauf der Frist von 30 Jahren, so kann ein Nachfolger seine Aufgaben nicht mehr fortführen, obwohl der Verstorbene selbst über die 30 Jahre hinaus als Testamentsvollstrecker hätte wirken können.

Aus diesem Grunde ist es besser, die Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers vom Tode des Erben und nicht von dem des Testamentsvollstreckers abhängig zu machen.

Die weitere Möglichkeit, die Testamentsvollstreckung bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses (als dem des Todes) in der Person des Erben oder des Testamentsvollstreckers fortzusetzen, wird praktich keine Bedeutung haben, wenn der Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung nur der ist, den Nachlaß vor der Verschwendung des Abkömmlings zu schützen, denn die Testamentsvollstreckung wird dann immer bis zum Tode des Abkömmlings fortdauern müssen, wenn die Sicherung des Nachlasses wirksam durchgeführt werden soll.

§ 10.

Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung.

I.

Vergleich der Nacherbfolge mit der Testamentsvollstreckung.

Nachdem in den bisherigen beiden Abschnitten die Sicherung des Nachlasses vor der Verschwendung des Abkömmlings durch

[37]) Vgl. § 1922 BGB.
[38]) Planck, § 2210 / Anm. 3, Knöpfel, S. 38.

die Anordnung der Nacherbfolge und der Testamentsvollstreckung behandelt worden ist, wird es zweckmäßig sein, die beiden Sicherungsmittel in Bezug auf ihren Erfolg zu vergleichen. Die Gläubiger des Abkömmlings sind bei der Nacherbfolge wesentlich schlechter gestellt als bei der Testamentsvollstreckung. Eine Zwangsvollstreckung, wenn sie zu einer Veräußerung oder Überweisung zum Nachlaß gehörender Gegenstände führt, in die Substanz des Nachlasses ist für sie nicht nur zu Lebzeiten des Vorerben, sondern auch nach dessen Tod überhaupt ausgeschlossen. Denn nach dem Tode des Vorerben geht der Nachlaß auf den Nacherben über und dieser haftet als Rechtsnachfolger des Erblassers nicht für die Schulden des Vorerben.

Bei der Testamentsvollstreckung ist dagegen die Zwangsvollstreckung in die Substanz des Nachlasses durch die Gläubiger des Erben nur während der Dauer der Testamentsvollstreckung unmöglich. Nach deren Wegfall dagegen steht der Zwangsvollstrekkung der Gläubiger nichts im Wege.

Der Zugriff auf die Früchte des Nachlasses ist den Gläubigern eines durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben nicht verwehrt, während es im Falle der Anordnung der Nacherbfolge unter Umständen m. E. der Fall sein kann, wie ich oben dargelegt habe.

Der Abkömmling selbst ist im Gegensatz zu seinen Gläubigern durch die Anordnung der Nacherbfolge weniger schlecht gestellt als durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Denn wenn er Vorerbe ist, bleibt er im Besitz des ganzen Nachlasses und kann zum Teil über ihn auch verfügen. Ist dagegen Testamentsvollstreckung angeordnet, dann kann und wird ihn der Testamentsvollstrecker zwingen, den ganzen Nachlaß an ihn herauszugeben, wenn auch nicht in seinem ganzen Umfang; z. B. Wohnungseinrichtung usw. wird er von ihm nicht herausverlangen können. Sein Verfügungsrecht ruht während der Dauer der Testamentsvollstreckung vollkommen. Sicherer ist daher der Nachlaß vor etwaigen schädigenden Zugriffen des Abkömmlings, wenn die Testamentsvollstreckung angeordnet ist.

II.

Verbindung der Nacherbfolge mit der Testamentsvollstreckung.

Aus diesen für den Abkömmling und dessen Gläubiger so verschiedenartigen Wirkungen der Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung ergibt sich, daß die ideale Sicherung des Nachlasses dann gewährleistet ist, wenn die Nacherbfolge und verwaltende Testamentsvollstreckung zu einer Vorerbentestamentsvollstrekkung miteinander verbunden werden. Zu dem erhöhten Schutz des Nachlasses durch die Nacherbfolge gegen die Zugriffe der Gläubiger des Abkömmlings kommt dann noch der erhöhte Schutz des Nachlasses durch die Testamentsvollstreckung gegen die Zugriffe des Abkömmlings. Außerdem wäre die Vorerbentestamentsvollstreckung besonders dann von großer Bedeutung, wenn der Vorerbe, wie es bei vorliegender Arbeit angenommen werden kann, die elterliche Gewalt über den Nacherben inne hat. Eine

für den Nacherben schädliche Ausnützung dieses Umstandes durch den Vorerben wäre damit auch verhindert. Die Vorerbentestamentsvollstreckung würde normalerweise mit dem Tode des Vorerben beendigt sein. Indessen besteht die Möglichkeit, daß der Erblasser speziell für den Nacherben, besonders wenn dieser noch minderjährig ist, eine Testamentsvollstreckung anordnet, die dann über den Tod des Vorerben hinaus bestehen bleibt. Es würden dann Nacherbfolge, Vorerben- und Nacherbentestamentsvollstreckung zusammentreffen. Zweckmäßig wäre es hier, für den Vor- und Nacherben getrennte Testamentsvollstrecker aufzustellen, da die Interessen des Vorerben verschieden und zum Teil widersprechend sind den Interessen des Nacherben und eine Person das Amt unter Umständen nicht unparteiisch ausüben kann. Doch ist kein Grund dafür ersichtlich, daß unbedingt diese Zweiteilung vorgenommen werden muß[39]), da insbesondere § 181 BGB keine Anwendung findet, denn der Testamentsvollstrecker ist nicht der Vertreter des Vor- und Nacherben, sondern der Inhaber eines unabhängigen Amtes, das ihm vom Erblasser übertragen worden ist.

[39]) OLG 10/305 / Nr. 22 1, a. A. Staudinger, § 2222 / Anm. 1.

D.

Sicherung des Nachlasses durch Enterbung in guter Absicht.

§ 11.

Allgemeines über die Enterbung in guter Absicht.

Die bisher bezeichneten Möglichkeiten, den Nachlaß gegen die Verschwendung des Abkömmlings zu schützen, sind wohl sehr brauchbar und wirksam, jedoch kann der verschwenderische Abkömmling die gewollten Wirkungen der Anordnungen des Erblassers dadurch illusorisch machen, daß er die Erbschaft, die, wie man mit Recht annehmen darf, größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, ausschlägt und den von allen Beschränkungen freien Pflichtteil von dem an seine Stelle tretenden Erben verlangt: § 2306 BGB. Um in der Sicherung des Nachlasses ganz sicher zu gehen, wird es daher für den Erblasser das Beste sein, dem Abkömmling die Beschränkungen des § 2338 BGB aufzuerlegen, d. h. von der sogenannten „Enterbung in guter Absicht", der exheredatio bona mente Gebrauch zu machen.

Voraussetzung für ein Vorgehen des Erblassers nach § 2338 BGB ist, daß der Abkömmling sich in einem solchen Maße der Verschwendung ergeben oder in einem solchen Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb (der Erbschaft) erheblich gefährdet erscheint.

Die Eigenschaft der Verschwendung gilt nicht schon dann als gegeben, wenn der Abkömmling unverhältnismäßig große Ausgaben macht, sondern liegt erst dann vor, wenn seine unwirtschaftlichen Ausgaben durch eine persönliche Eigenschaft von ihm, z. B. seinen Leichtsinn, seine Unfähigkeit zu ordnungsmäßigem Wirtschaften usw. hervorgerufen sind und mit ihnen in Verbindung stehen [1]). Die Verschwendung erscheint daher als Charakterfehler des Abkömmlings [2]). Der Abkömmling muß sich seines verschwenderischen Lebens vollkommen bewußt sein, ohne die nötige innere Stärke zu besitzen, den zu seinem Ruin führenden Weg zu verlassen. Die Verschwendung des Abkömmlings kann sich natürlich nur auf das Vermögen beziehen, wie sich aus § 2338 BGB ergibt [3]). Der hohe Grad der Verschwendung des § 6/Abs. 2 BGB braucht nicht gegeben zu sein, um § 2338 BGB zur Anwendung zu bringen [4]) [5]).

---

[1]) HRR 1932/Nr. 929, vgl. auch RG in JW 1905/166/Nr. 1, Rosenberg, S. 82/Ziff. 1.

[2]) Rosenberg, S. 82.

[3]) „Daß ein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird": § 2338 BGB.

[4]) RGR-Komm. § 2338/Anm. 1, Staudinger, § 2338/Anm. 2, Planck, § 2338/Anm. 2, Endemann, § 166/II/b/1, Dernburg, V, § 123/III/2, Ro-

Die Verschwendung muß zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung, in welcher der Erblasser die Anwendung des § 2338 BGB anordnet, und zur Zeit des Erbfalls vorhanden sein, nicht dagegen in der Zeit zwischen der Errichtung der letztwilligen Verfügung und dem Erbfall und in der Zeit nach dem Erbfall [6]).

Eine weitere Möglichkeit der Anwendung des § 2338 BGB ist dem Erblasser gegeben, wenn der Abkömmling überschuldet ist, so daß sein späterer Erwerb ebenfalls gefährdet ist. Die Überschuldung besteht dann, wenn das Vermögen des Abkömmlings seine Schulden nicht mehr deckt. Die Überschuldung muß aber bereits ein bestimmtes Maß erreicht haben. Denn erst dann, wenn die Aktiven des Vermögens des Abkömmlings die Passiven beträchtlich übersteigen, ist sein späterer Erwerb tatsächlich gefährdet [7]). Die Überschuldung muß vorhanden sein zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung und zur Zeit des Erbfalls, ferner in der Zwischenzeit zwischen beiden Ereignissen, da die Überschuldung zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung und die Überschuldung zur Zeit des Erbfalls ein und dieselbe sein muß [8]).

Sind diese Eigenschaften oder diese Lage des Abkömmlings gegeben, dann kann der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung die im § 2338 BGB genannten Beschränkungen anordnen. Er muß hierbei den Grund der Verfügung angeben, d. h. kundtun, ob er den Abkömmling wegen seiner Verschwendung oder seiner Überschuldung beschränken will. Fehlt die Grundangabe, so ist die Beschränkung nach § 2338 BGB ungültig, die letztwillige Verfügung aber in Hinsicht auf § 2306, 2307 BGB gültig [9]).

Die in § 2338 angegebenen Beschränkungen der Nacherbfolge (bzw. des Nachvermächtnisses) und der Testamentsvollstreckung können sowohl einzeln [10]) als auch gleichzeitig und nebeneinander verfügt werden [11]).

Die Anordnungen des § 2338 BGB können auch wirksam getroffen werden, wenn das dem Abkömmling Hinterlassene größer als der Pflichtteil ist oder wenn der Abkömmling überhaupt nicht auf den Pflichtteil beschränkt ist, so daß dann der Abkömmling in Bezug auf die ganze Zuwendung beschränkt ist, nicht nur insoweit, als die Höhe des Pflichtteils reicht [12]). Diese letztere Zweiteilung in beschränkten Pflichtteil und unbeschränkten Überschuß

senberg, S. 84 oben.

[5]) Eine Erörterung über die Frage, ob § 2338 BGB Anwendung findet, wenn der Abkömmling wegen Verschwendung entmündigt ist, liegt außerhalb des Themas.

[6]) Rosenberg, S. 85/86.

[7]) Rosenberg, S. 90 / III / 2.

[8]) Rosenberg, S. 92, ad c.

[9]) Staudinger, § 2338 / Anm. 1, Rosenberg, S. 99, RG in JW 1911 / 370 / Nr. 30 = „Recht" 1911 / 1583, RG in Seuff. Arch. 62 / Nr. 188 / S. 330.

[10]) Schiffner dagegen anderer Ansicht: Er will die Testamentsvollstreckung nur neben der Nacherbfolge (oder dem Nachvermächtnis) gelten lassen: S. 82 / Nr. 27.

[11]) RGR-Komm. § 2338 / Anm. 4, Staudinger, § 2338 / 3b, Planck, § 2338 / Anm. 3, Strohal, § 57 / Nr. 23, Kretzschmar, § 97 / Ziff. 4, Rosenberg, S. 139, Meischeider, S. 528, Prot. V / 570.

[12]) RG 85/347—49 = LZ 1915 / Nr. 11 / S. 37, KG 48 / Nr. 40 / S. 143 ff. insbesondere 149/150.

würde das dem Erblasser bei der Anordnung der Beschränkungen nach § 2338 BGB vorschwebende Ziel geradezu unerreichbar machen und auch nicht zu einem der natürlichen Rechtsauffassung entsprechenden Ziele führen.

Aus dem Umstand, daß in § 2338 BGB eine geschlossene Zahl von Beschränkungsmöglichkeiten aufgezählt ist, muß geschlossen werden, daß sich der Abkömmling nur die angegebenen, nicht aber andere Beschränkungen gefallen lassen muß.

Und nun zu dem Punkt, der die Anwendung der Beschränkungen des § 2338 BGB gegenüber der einfachen Anordnung der Nacherbfolge oder der Testamentsvollstreckung besonders hervorhebt, zu der Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Abkömmling das ihm nach § 2338 beschränkt Hinterlassene ausschlägt.

Ist der Abkömmling durch die Anordnung der Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung beschränkt, so ist zu unterscheiden, in welchem Verhältnis das Hinterlassene zu der Hälfte des gesetzlichen Erbteils steht.

Wenn das Hinterlassene geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, kann der Abkömmling von seinen Miterben als Pflichtteil den an der Hälfte fehlenden Teil verlangen: § 2305 BGB. Dieser Teil, welcher den Pflichtteilsrestanspruch bildet, unterliegt ebenfalls den Beschränkungen des § 2338 BGB. Schlägt der Abkömmling das ihm Hinterlassene aus, so geht er mangels einer anderen gesetzlichen Grundlage ohne jeden Pflichtteilsanspruch leer aus.

Wenn der Abkömmling auf einen Erbteil eingesetzt ist, der gerade die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht, dann wäre die Anordnung der jeweiligen Beschränkungen gemäß § 2338 BGB auch noch hinfällig. Der § 2306/I/1 muß aber dem § 2338 BGB weichen. Schlägt der Abkömmling nun aus, weil er sich die zulässigen Beschränkungen nicht gefallen lassen will, dann bekommt er ebenfalls keinen Pflichtteilsanspruch und geht wiederum leer aus.

Ist dagegen das Hinterlassene größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, dann bekäme der Abkömmling gemäß § 2306/I/2 BGB, wenn er ausschlägt, den unbeschränkten Pflichtteil. Auf Grund des § 2338 BGB jedoch bekommt er wohl den Pflichtteil, aber beschränkt durch die zulässigen Anordnungen des Erblassers [13]). Die vom Erblasser angeordnete Nacherbfolge wird natürlich hinfällig und wandelt sich in ein Nachvermächtnis um [14]), eine daneben angeordnete verwaltende Testamentsvollstreckung wandelt sich in eine Testamentsvollstreckung gemäß § 2223 BGB um. Der Abkömmling erhält den Pflichtteil als Vorvermächtnisnehmer. Die an Stelle des ausschlagenden Abkömmlings tretenden Erben werden natürlich von den für den Abkömmling gedachten Beschränkungen nicht getroffen [15]).

Ist der Abkömmling auf den Pflichtteil verwiesen, dann bleiben die angeordneten Beschränkungen wirksam. Im Falle der

---

[13]) KG in OLG 6/Nr. 53d/S. 334, RG in Seuff. Arch. 62/Nr. 188/S. 330.

[14]) KG 40/Nr. 12/S. 63.

[15]) KG 40/a. a. O.

Ausschlagung des beschränkten Pflichtteils geht der Abkömmling wiederum leer aus.

Wenn der Abkömmling von vornherein nur mit einem Vermächtnis bedacht ist als Vorvermächtnisnehmer, so kann er, ganz gleichgültig, ob das Vermächtnis kleiner, gleich groß oder größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, das Vermächtnis ausschlagen und die Hälfte des gesetzlichen Erbteils verlangen: § 2307/I/S. 1. Die Beschränkungen gehen aber dann auch auf den Pflichtteil über. Die Nachvermächtnisnehmer werden in Hinsicht auf den Pflichtteil des Abkömmlings auch weiterhin wie richtige Nach-„Vermächtnis"-Nehmer behandelt. Wenn der Abkömmling das Vermächtnis nicht ausschlägt, dann steht ihm ein Recht auf den Pflichtteil nur zu, soweit der Wert des Vermächtnisses die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht erreicht. Bei der Berechnung dieses Pflichtteilrestanspruches des Abkömmlings bleiben aber die angeordneten Beschränkungen außer Betracht: § 2307/I/S. 3.

§ 12.

Sicherung durch die Anordnung der Nacherbfolge.

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie die Sicherung des Nachlasses durch die Anordnung der Nacherbfolge auf das Hinterlassene gemäß § 2338 BGB erreicht wird. Nachdem bei der Anordnung der Nacherbfolge gemäß § 2338 die Vorschriften der §§ 2100 ff. BGB insgesamt Anwendung finden, tritt eine weitergehende Sicherung des Nachlasses als bei der Anordnung der einfachen Nacherbfolge nicht ein. Die Beschränkungen der Gläubiger bezüglich des Zugriffes auf die Substanz des Nachlasses und die Beschränkungen des Abkömmlings in Bezug auf seine Verfügungsfähigkeit über die verschiedenen Nachlaßgegenstände, sowie die Hilfsmittel des Nacherben, dafür zu sorgen, daß sowohl die Gläubiger als auch der Voerbe nicht gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstoßen, bleiben unverändert. Es kann daher insoweit auf die obigen Ausführungen in Abschnitt B Bezug genommen werden.

I.

Eintritt der Wirkung des § 863 ZPO.

Eine einzige, allerdings sehr wesentliche Änderung tritt dagegen hinsichtlich der Sicherung der Nutzungen des Nachlasses durch § 863 ZPO in Tätigkeit. Nachdem aber die Nutzungen des Nachlasses dem Vorerben allein gebühren und die Sicherung sich eigentlich nur auf die Substanz des Nachlasses beziehen kann, ist § 863 ZPO in gewisser Hinsicht für die Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Abkömmlings von geringerer Bedeutung. Doch ist es für den Nacherben von immerhin erheblichem Wert, daß dem Vorerben die Nutzungen, soweit es nach § 863 ZPO ausgesprochen ist, zukommen, denn dann besteht, wie oben schon einmal erwähnt, weniger Gefahr, daß der Vorerbe sich an der Nachlaßsubstanz selbst zum Schaden des Nacherben vergreift. Aus diesem Grund ist es zweckmäßig, die Wirkungen

des § 863 ZPO an dieser Stelle ausführlicher zu besprechen.

Voraussetzung für die Anwendung des § 863 ZPO ist, daß die Anordnung der Nacherbfolge nach § 2338 BGB in der Verfügung von Todeswegen durch den Erblasser ausdrücklich angegeben ist [16]). Geschützt werden durch § 863 ZPO

1) die Unterhaltspflichten des Ehemannes gegenüber seiner Ehefrau und umgekehrt gemäß §§ 1360 ff, 1586, 1578 ff;
2) die Unterhaltspflichten des Ehemanns gegenüber seiner früheren geschiedenen Ehefrau und umgekehrt nach §§ 1347 ff, 1561, 1578ff, 1583 BGB;
3) die Unterhaltspflichten des Abkömmlings gegenüber seinen Verwandten nach §§ 1601 ff BGB.
4) Der wichtigste Schutz betrifft aber die Mittel, die der Abkömmling zu seinem eigenen standesgemäßen Unterhalt braucht.

Die Höhe der geschützten Nutzungen zum eigenen Unterhalt des Abkömmlings (wie natürlich auch in Bezug auf die anderen Unterhaltsansprüche) bemißt sich aber nicht nach seiner früheren verschwenderischen Lebensweise oder nach dem Aufwand seiner Verwandten und seiner Familie. Ausschlaggebend ist einzig und allein die objektive Frage, welchen Betrag der Abkömmling unter Berücksichtigung der ihm zu Teil gewordenen Bildung bei normaler Lebensführung zur Wahrung der Würde seiner Lebensstellung bedarf [17]).

II.

Hindert ein eigenes Vermögen des Abkömmlings die Anwendung des § 863 ZPO?

Von Bedeutung ist die Frage, ob der Schutz der Nutzungen nach § 863 ZPO auch dann gewährleistet werden kann, wenn der Abkömmling ein eigenes Einkommen oder Vermögen hat, mit dem er seinen standesgemäßen Unterhalt und die ihm sonst noch obliegenden Unterhaltspflichten bestreiten könnte.

Es wird die Ansicht vertreten, daß bei einer derartigen Sachlage den Gläubigern des Abkömmlings der Zugriff auf die Nutzungen des Nachlasses durch § 863 ZPO nicht verwehrt werden dürfe [18]). Umstritten ist, ob der Abkömmling seine eigenen Mittel oder die Nutzungen des Nachlasses zur Bestreitung des Unterhalts benützen soll. Das Kammergericht [19]) hat die Ansicht vertreten, daß entscheidend ist, ob die besondere, aus dem Nachlaß herrührende Vermögensmasse an sich zur Bestreitung des standesgemäßen Unterhalts erforderlich ist. Der Ansicht Ellers [20]), daß hier die Anwendung des § 863 ZPO deshalb unrichtig sei, weil dann der Abkömmling die Möglichkeit habe, nicht nur standesgemäß, sondern im Überfluß zu leben, während seine Gläubiger z. B. wegen der Bestimmungen der §§ 850 ff ZPO eine Befriedi-

---

[16]) Stein-Jonas, § 863 / Anm. III, Sydow-Busch, § 863 / Anm. 1, Baumbach, § 863 / Anm. 1, RG 85/350 unten, Seuff. Arch. 73 / Nr. 107, S. 171

[17]) RG in Seuff. Arch. 62 / Nr. 184 / S. 323.

[18]) Stein-Jonas, § 861 / Anm. II / 3 und IV, Eller, S. 52.

[19]) KG in „Recht" 1907 / Nr. 638.

[20]) Eller, a. a. O.

gung von ihm nicht erwarten können, möchte man wohl zustimmen. Wenn tatsächlich eine Pfändungsbeschränkung nach §§ 850 ff ZPO zutrifft, dann wird sie aber auch begründet sein, und man kann dem Abkömmling nicht einfach deshalb, weil er noch ein eigenes Einkommen hat, den Schutz des § 863 ZPO entziehen. Denn dann könnte er unter Umständen sogar noch schlechter gestellt sein, als wenn er sein Einkommen nicht hätte, weil der Schutz, der durch §§ 850 ff ZPO gewährt wird, meist nur ein notdürftiger ist.

Für die Beibehaltung des Schutzes des § 863 ZPO im Falle eines anderweitigen Einkommens des Abkömmlings muß man aber auf alle Fälle dann einstehen, wenn das eigene Einkommen des Abkömmlings durch keine gesetzliche Vorschrift vor dem Zugriff seiner Gläubiger geschützt wird; sonst würde die Möglichkeit bestehen, daß die Gläubiger des Abkömmlings in die Nutzungen des Nachlasses vollstrecken können, weil er noch ein anderweitiges Einkommen hat, mit Hilfe dessen er seinen Unterhalt und den der von ihm zu unterhaltenden Personen bestreiten kann, und daß weiterhin dieses anderweitige Einkommen mangels einer gesetzlichen Vorschrift dem Zugriff der Gläubiger des Abkömmlings in voller Höhe preisgegeben wäre. Dem Abkömmling bliebe dann rein gar nichts übrig. Diese Regelung wäre höchst unbillig. Wenn schon einer der beiden Parteien, dem Abkömmling oder seinen Gläubigern, ein Schaden zugefügt werden muß, dann dürfte es billig sein, den Gläubigern diesen Schaden aufzubürden. Denn wohl in den meisten praktischen Fällen werden die Gläubiger des Abkömmlings diesem nur aus dem Grunde Kredit gewährt haben, weil sie hofften, sich aus dem Nachlaß, den der Abkömmling zu erwarten hatte, reichlich und überreichlich befriedigen zu können. Ansicht des Gesetzgebers aber ist, daß ein künftiger Erbteil nicht Grundlage für einen gesunden Kredit sein kann[21]). Damit soll jeder Gläubiger, der auf einen späteren Zugriff auf die Substanz oder die Nutzungen des künftigen Erbteils des Abkömmlings gerechnet hat, es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn er einen Verlust erleidet. Infolgedessen bin ich der Ansicht, daß § 863 ZPO auch dann angewendet werden muß, wenn der Abkömmling neben seinen Nutzungen des Nachlasses noch ein anderweitiges, geschütztes oder ungeschütztes Einkommen hat. Der Zeitpunkt, in welchem die Forderung gegenüber dem schuldnerischen Vorerben entstanden ist, hat dabei keinerlei ausschlaggebende Bedeutung für die Frage der Anwendung, bzw. Nichtanwendung des § 863 ZPO. Die Forderung kann deshalb auch unter Umständen erst nach dem Tod des Erblassers entstanden sein.

III.

Rechtsbehelf, wenn trotz § 863 ZPO vollstreckt wird.

Wird trotz § 863 ZPO in die Nutzungen des Nachlasses, soweit sie unpfändbar sind, durch einen Gläubiger vollstreckt, so hat der Abkömmling das Recht, hiergegen gemäß § 766 ZPO Erinnerungen

[21]) Prot. V/568.

zu erheben. Die Geltendmachung der Erinnerung steht auch den Personen zu, zu Gunsten deren sich die Beschränkung des § 863 ZPO auswirken soll[22]). Eine Erinnerung nach § 766 ZPO kann aber ganz allgemein jeder geltend machen, dessen berechtigtes Interesse durch die vorschriftswidrige Zwangsvollstreckung betroffen worden ist[23]). Nach meiner oben dargelegten Auffassung über das Interesse des Nacherben daran, daß der Vorerbe den Genuß der Nutzungen des Nachlasses hat, muß man auch den Nacherben ein berechtigtes Interesse an der Innehaltung des § 863 ZPO zubilligen. Deshalb muß er auch berechtigt sein, gegen eine gesetzeswidrige Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Abkömmlings in die Nutzungen des Nachlasses die Erinnerung nach § 766 ZPO zu erheben.

IV.

Sonstige Wirkungen der Anordnung der Nacherbfolge.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß in Höhe des Betrages, insoweit die Pfändung des Anspruches auf die Nutzungen des Nachlasses unmöglich auf Grund des § 863 ZPO ist, der Vorerbe für seine Gläubiger auch kein rechtsgeschäftliches Pfandrecht bestellen kann: § 1274/2 BGB. Eine Nichtbeachtung dieser Gesetzesvorschrift läßt ein gültiges Pfandrecht nicht entstehen.

Weiterhin kann ein Gläubiger auch nicht dem Vorerben gegenüber aufrechnen gegen die Forderung, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist: § 394 BGB.

Endlich ist eine Abtretung der Forderung in der geschützten Höhe unmöglich: § 400 BGB.

Diese drei letztgenannten Bestimmungen dienen, allerdings nur indirekt, insoweit dem Nacherben, als der Vorerbe mit seinen Gläubigern zum Schaden des Nachlasses gegen den Nacherben zusammenarbeiten will, was immerhin möglich ist.

§ 13.

Sicherung durch die Anordnung eines Nachvermächtnisses.

I.

Allgemeines über das Nachvermächtnis.

Ganz anders und erheblich schwieriger als bei der Anordnung der Nacherbfolge ist die Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Abkömmlings bei der Anordnung eines Nachvermächtnisses nach § 2338 BGB zu Gunsten des Abkömmlings.

Das Vorvermächtnis stellt sich hier als auflösend bedingtes Vermächtnis dar (die Aufhebung der Rechtswirkung hängt von einem der Zeit nach ungewissen Umstand, dem Tod des Abkömmlings, ab), während das Nachvermächtnis ein dem Abkömmling

---

[22]) Stein-Jonas, § 861 / Anm. IV.

[23]) Stein-Jonas, § 766 / Anm. II / 3, Seuffert, § 766 / Anm. 2b, Baumbach, § 766 / Anm. 3D, Seuff. Blätter f. Rechtsanwendung (OLG. Dresden) 75/654, RG 34/280, 66/233 ff., insbes. 234.

auferlegtes aufschiebend bedingtes Untervermächtnis ist (der Eintritt der Rechtswirkung ist von dem der Zeit nach ungewissen Ereignis, dem Tod des Abkömmlings, abhängig gemacht).

In diesem Fall ist der Abkömmling nicht als Erbe, sondern als Vermächtnisnehmer eingesetzt. Hinterlassen ist ihm der Pflichtteil oder ein oder mehrere andere Nachlaßgegenstände als Vermächtnis in der Art und Weise, daß seine gesetzlichen Erben das ihm Hinterlassene nach seinem Tod als Nachvermächtnisnehmer erhalten sollen: §§ 2338, 2191 BGB. Das Nachvermächtnis ähnelt etwas der Nacherbfolge. Doch bestehen zwischen beiden Rechtsinstituten in ihren Wirkungen für die Beteiligten und ihre Gläubiger sehr große Unterschiede. Diese Unterschiede haben vor allem darin ihre Grundlage, daß das Nachvermächtnis keine dingliche Verfügungsbeschränkung darstellt, während die Nacherbfolge wenigstens eine der dinglichen Verfügungsbeschränkung ähnliche und gleichzusetzende Wirkung auslöst. Bei der Nacherbfolge fällt die Erbschaft dem Nacherben kraft Gesetzes zu (§ 2139 BGB), während der Nachvermächtnisnehmer bei Eintritt des Nachvermächtnisfalles nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Nachvermächtnis hat[24]): § 2174 BGB. Sein Recht ist kein dingliches, sondern nur ein schuldrechtliches, deshalb ist in dem Fall, daß der Vermächtnisgegenstand ein Immobiliarrecht ist, eine Eintragung der Anordnung des Nachvermächtnisses im Grundbuch nicht möglich[25]). Wenn auch das Nachvermächtnis in mancher Beziehung der Nacherbfolge gleicht, und deshalb auch verschiedene die Nacherbfolge betreffende gesetzliche Bestimmungen auf das Nachvermächtnis Anwendung finden, wie sich aus § 2191 BGB ersehen läßt, so finden doch infolge des Unterschiedes zwischen der Nacherbfolge und dem Nachvermächtnis gerade die für die Nacherbfolge charakteristischen und für die Sicherung des Nachlasses so wichtigen Vorschriften wie §§ 2113, 2115, 2116 und 2121 BGB auf das Nachvermächtnis keine Anwendung.

Die Stellung der Gläubiger des Abkömmlings, des Abkömmlings selbst und des Nachvermächtnisnehmers ist daher eine ganz besondere, und ihre Regelung ist, da durch den Nachvermächtnisanfall ein Forderungsrecht auf den vermachten Gegenstand entsteht, neben den allgemeinen Bestimmungen hauptsächlich dem Recht der Schuldverhältnisse zu entnehmen.

Das Vermächtnis selbst muß nicht, wie vielleicht angenommen werden könnte, in einem einzigen Gegenstand bestehen, sondern es kann auch mehrere Sachen oder Rechte, insbesondere auch eine Geldsumme umfassen[26]). Das Vermächtnis kann in seinem Wert sogar nahe an den Wert des Erbteils herankommen[27]).

II.

Anwendbarkeit der §§ 159—163 BGB bei Anordnung des Nachvermächtnisses.

Wegen der hervorragenden Bedeutung für den Vor- und Nachvermächtnisnehmer und die Gläubiger des Vorvermächtnisneh-

[24]) Planck, § 2191 / Anm. 1, OLG 41/31, Nr. 41.
[25]) Planck, a. a. O., OLG 7/128 / Nr. 13g, DJZ, 1924 / 475.
[26]) Mot. V / § 1884 / S. 209.
[27]) Beachte jedoch § 2087 BGB.

mers ist schon an dieser Stelle klarzustellen, ob die Bestimmungen der §§ 159—163 BGB auch beim Nachvermächtnis Anwendung finden können. Die Möglichkeit, diese Bestimmungen, insbesondere § 160 und 161 BGB auch beim Nachvermächtnis gelten zu lassen, würde ganz bedeutend zur Sicherung des Vermächtnisses beitragen. Für die Anwendung sprechen Rosenberg [28]), Bültmann [29]), Volckenborn [30]) und Eller [31]) unter dem Hinweis auf §§ 2177, 2179 BGB; ebenfalls für die Anwendung ist Kretzschmar [32]), wenn eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird, was der Fall ist, wenn das Nachvermächtnis gemäß § 2338 BGB angeordnet ist. Gegen die Anwendung der §§ 159—163 BGB ist Schneider [33]) mit der Begründung, daß der Vorvermächtnisnehmer nicht auflösend bedingter [34]), sondern dinglich unbeschränkter Eigentümer des Vermächtnisgegenstandes ist [35]). Gegen die Meinung Schneiders muß man sich deshalb wenden, weil die Eigenschaft des Vorvermächtnisnehmers als unbeschränkten Eigentümers nichts mit der auflösenden Bedingung, unter der er eingesetzt ist, zu tun hat. Freilich ist der Vorvermächtnisnehmer infolge des nur obligatorischen Charakters des Vermächtnisses, der eine dingliche Sicherung nicht zuläßt, an sich unbeschränkter Eigentümer. Doch kann deshalb nicht der auflösend bedingte Charakter des Vermächtnisses, der seine Grundlage darin hat, daß nach dem Tod des Vorvermächtnisnehmers ein anderer Vermächtnisnehmer sein soll, verneint werden.

Es könnte ein Bedenken gegen die Anwendung des § 161 BGB (und damit der §§ 159–163 BGB überhaupt) auch damit begründet werden, daß er sich in Abs. 1/Satz 1 nur auf den Erblasser als den Verfügenden bezieht und daß daher der Satz 2 des Abs. 1 infolge seiner Verbundenheit mit dem Satz 1 auch nur auf eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrestes oder durch den Konkursverwalter gegenüber dem Erblasser Anwendung finden könnte, nicht aber auch eine solche Verfügung gegenüber dem Abkömmling als Vorvermächtnisnehmer. Diese Ansicht wird noch verschärft durch die Protokolle der 2. Lesung [36]), weil hier, bei der Frage, ob in die Bestimmung des jetzigen § 161/I/S. 2 BGB nach dem Wort „Arrestvollziehung" die Worte „oder durch den Konkursverwalter" eingefügt werden sollen, erwähnt wird, daß § 161/I/Satz 2 gilt, wenn durch den Konkursverwalter für denjenigen eine Verfügung erfolgt, der unter der Bedingung verfügt hat und dann in Konkurs geraten ist. Man möchte hier tatsächlich der Meinung sein, daß sich Abs. 1/Satz 2 nur auf die Verfügungen beziehen kann, die gegen den Erblasser erfolgen. Diese Bedenken werden jedoch durch den Hinweis beseitigt, daß

---

[28]) Rosenberg, S. 129.
[29]) Bültmann, S. 22/23.
[30]) Volckenborn, S. 51/52.
[31]) Eller, S. 48/49.
[32]) Kretzschmar, in Sächst. Arch. für Rechtspflege, 1912/S. 291.
[33]) Schneider, S. 26.
[34]) Im Gegensatz hiezu sagt Schneider auf S. 99: „Das Vorvermächtnis ist ein auflösend bedingtes (oder befristetes) Vermächtnis".
[35]) Diese Ansicht widerspricht jedoch der von Schneider auf S. 36/Anm. 26 (unten) vertretenen Meinung vollkommen.
[36]) Prot. VI/133.

eben in § 2179 BGB, der die §§ 159—163 BGB für anwendbar erklärt, nur das übliche Vermächtnis behandelt wird, nicht aber das Nachvermächtnis. Auf dieses finden aber die Vorschriften des gewöhnlichen Vermächtnisses Anwendung, also auch §§ 159—163 BGB. Man muß sich dann den Vorvermächtnisnehmer in der Stellung des Erblassers denken und dem Nachvermächtnisnehmer die Vergünstigung des gewöhnlichen Vermächtnisnehmers nach § 160, 161 BGB einräumen.

III.

Stellung der Gläubiger des Abkömmlings.

1.

Das Nachvermächtnis hat nur obligatorische Wirkungen, wird also dinglich nicht geschützt. § 2115 BGB ist infolgedessen auch nicht in § 2191 BGB für anwendbar erklärt, d. h., daß die Gläubiger des Abkömmlings die Substanz des Vermächtnisses in Anspruch nehmen können zur Befriedigung ihrer Forderungen gegen den Abkömmling. Sie können von niemand während der Schwebezeit an der Zwangsvollstreckung in das Vermächtnis gehindert werden. Man kann daher der Meinung sein, daß unter Umständen die gute Absicht, die den Erblasser bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung zu der Anordnung eines Nachvermächtnisses nach § 2338 BGB bewogen hat und damit die Sicherung des Vermächtnisses gegen die Verschwendung des Abkömmlings, d. h. hier gegen die Folgen der früheren Verschwendung des Abkömmlings wirkungslos ist. Diese Ansicht darf aber nicht dazu verleiten, eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß das Nachvermächtnis nicht analog der Nacherbfolge behandelt werden darf, zuzulassen und hier den Gläubigern des Abkömmlings gegenüber einfach deren Zwangsvollstreckung in das Vermächtnis für möglich zu erklären, wie es Engel für richtig hält [37]). Engel will mit der Begründung, daß andernfalls die Aufnahme des Nachvermächtnisses in das Institut der Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht völlig überflüssig wäre, die Rechte der Gläubiger des Abkömmlings in Ansehung des Vermächtnisses den Rechten der Gläubiger eines Vorerben gleichsetzen. Auch wenn bei der Regelung der Stellung der Gläubiger des Abkömmlings ein Versehen der zweiten Kommission vorliegt, wie Engel annimmt, so berechtigt das noch nicht, sich einfach über vorhandenes Recht hinwegzusetzen. Es ist aber auch gar nicht der Beweis erbracht worden, daß tatsächlich ein derartiges Versehen vorliegt. Denn in Anbetracht des Umstandes, daß das Nachvermächtnis einer dinglichen Sicherung unfähig ist, ist die Sicherung desselben durch den § 161/I/S. 2 gegen nachteilige Folgen der Zwangsvollstreckung der Gläubiger gegenüber dem Nachvermächtnisnehmer, dessen Recht durch den Anfall des Vermächtnisses an den Vorvermächtnisnehmer zu einem festen unabänderlichen Anwartschaftsrecht geworden ist, verhältnismäßig stark geschützt. Tritt der Nachvermächtnisfall ein, dann sind nach § 161/I/Satz 2 BGB alle Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrestes (und durch den Konkursverwalter) erfolgt sind, insoweit unwirksam, als sie die Her-

[37]) Engel, S. 39.

ausgabe des vermachten Gegenstandes an den Nachvermächtnisnehmer vereiteln oder beeinträchtigen würden. Diese Vereitelung oder Beeinträchtigung wird wohl bei jedem Zugriff der Gläubiger auf das Vermächtnis gegeben sein.

Nachteilig ist für den Nachvermächtnisnehmer, daß ihm ein dem § 773 ZPO entsprechendes Recht nicht zusteht. Er kann daher erst nach Eintritt des Nachvermächtnisfalles sein in § 161/I/Satz 2 BGB begründetes Recht geltend machen. Auch liegt dem Nachvermächtnisnehmer gegenüber in dem Umstand ein Nachteil, daß gemäß § 161/III BGB die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Ein Ausgleich für den Nachvermächtnisnehmer findet dagegen insofern statt, daß er gegen die Gläubiger des Vorvermächtnisnehmers, die einen Vermächtnisgegenstand haben zwangsversteigern lassen und den Erlös hieraus empfangen haben, den Anspruch aus § 816/I/Satz 1 BGB hat. Er kann von ihnen die Herausgabe des Erlöses der Versteigerung verlangen, sofern sie noch im Besitze desselben sind, also die Bereicherung noch besteht.

2.

Nachdem schon die Substanz des Vermächtnisses dem Zugriff der Gläubiger des Abkömmlings entzogen ist, können selbstverständlich auch die Nutzungen des Vermächtnisses nicht den Schutz des § 863 ZPO genießen. Diese Gesetzesbestimmung wäre schon deshalb unanwendbar, weil hier nur die Nutzungen im Falle der Anordnung der Nacherbfolge oder der Testamentsvollstreckung, nicht aber bei der Anordnung eines Nachvermächtnisses geschützt werden.

Dagegen ist zu erwägen, ob nicht die Pfändungsbeschränkung des § 850 g/Ziff. 3 ZPO hinsichtlich der Nutzungen Anwendung finden könnte. Schneider verneint[38]) die Anwendung des dem jetzigen § 850 g/Ziff. 3 ZPO früher entsprechenden § 850/Ziff. 3 ZPO hauptsächlich deshalb, weil der Vorvermächtnisnehmer nicht nur den Zinsgenuß, sondern das zinstragende Objekt überhaupt hat und dessen Eigentümer ist. Meine Stellungnahme zu der Frage, ob die Anwendung des § 850 g/Ziff. 3 ZPO dadurch ausgeschlossen werden kann, weil derjenige, der den Schutz verlangt, der Eigentümer des Objektes ist, woraus die Nutzungen fließen, und weil er in der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht beschränkt oder nur unvollkommen beschränkt ist, ist oben ersichtlich[39]). Bei einem Nachvermächtnis wird man aber die Anwendung des § 850 g/Ziff. 3 ZPO schon deshalb ablehnen müssen, weil die Substanz des Vermächtnisses dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. Ein Schutz der Nutzungen entbehrt daher jeder Grundlage.

3.

Eine besondere Schädigung des Nachvermächtnisnehmers infolge der Erwirkung eines dinglichen Arrestes durch einen der Gläubiger des Vorvermächtnisnehmers hinsichtlich des Vermächt-

[38]) S. 27.
[39]) S. 13 ff.

nisgegenstandes ist nicht ersichtlich, weil der Arrest nicht zur Befriedigung, sondern nur zur Sicherstellung des Gläubigers dient. Nur im Falle des § 930/III ZPO kommt es zu einer Veräußerung und auch hier bekommt nicht der Gläubiger den Erlös, sondern er wird hinterlegt. Dennoch wird aber der Nachvermächtnisnehmer gut daran tun, die Gläubiger des Vorvermächtnisnehmers davon zu verständigen, daß der Vermächtnisgegenstand einem Nachvermächtnis unterliegt, damit dadurch ein etwaiger guter Glaube zerstört und die Anwendung des § 161/III BGB ausgeschlossen wird.

Über die Stellung der Gläubiger des Vorvermächtnisnehmers im Konkurs des letzteren vgl. unten [40]).

IV.

Stellung des Abkömmlings.

Die Stellung des Vorvermächtnisnehmers selbst ist wesentlich freier und unbeschränkter als die eines Vorerben. Als dinglich unbeschränkter Eigentümer hat er die volle Verwaltungs- und Verfügungsgewalt über den Vermächtnisgegenstand in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, kann dabei allerdings gegen die ihm obliegenden obligatorischen Verpflichtungen verstoßen. Der Abkömmling hat insbesondere das Recht, nicht nur unter Lebenden, sondern auch von Todeswegen über den Vermächtnisgegenstand zu verfügen; ebenso kann er unentgeltliche Verfügungen mit voller Wirksamkeit vornehmen. Besteht das Vermächtnis in einem Grundstück oder einem Recht an einem solchen, so kann der Widerstreit zwischen § 40 (41) GBO und § 51 (52) GBO keine Rolle spielen [41]), weil das Vermächtnis nur einen persönlichen Herausgabeanspruch begründet, nicht aber eine dingliche Sicherung. Wenn auch der Vorvermächtnisnehmer in seiner Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis sehr ungebunden ist, so muß ihm doch die Pflicht auferlegt werden, den Vermächtnisgegenstand so zu verwahren, verwalten und behandeln, daß er in dem Augenblick, wo er an den Nachvermächtnisnehmer herausgegeben werden muß, sich in einem derartigen Zustand befindet, wie er sich nur bei ordnungsgemäßer Verwaltung befinden kann. Eine besondere Verwaltungspflicht des Abkömmlings als Beschwerten wird zwar von Planck [42]) und den Motiven [43]) verneint unter der Begründung, daß der Beschwerte zur Verwaltung aus eigenem Recht berufen ist, daß er sie somit auf eigene Rechnung zwecks Verwirklichung eines ihm zustehenden Rechtes führe und daher nur verpflichtet sei, sich innerhalb der Grenzen seines Rechtes zu halten. Die Motive sind aber an anderer Stelle [44]) scheinbar doch der Ansicht, daß der Beschwerte eine über die Pflicht zur Erhaltung des Gegenstandes hinausgehende besondere „Diligenz-Pflicht" hat, wenn sie aus dem besonderen Anhalt des Erblassers zu entnehmen ist. Wenn also der Erblasser schon ein Nachver-

[40]) S. 78 / VII.
[41]) S. 70 / Anm. 24.
[42]) § 2174 / Anm. 3a.
[43]) Motive V, 200 ff., insbes. 201 oben.
[44]) Motive V / 195.

mächtnis nur deshalb anordnet, weil er das dem Abkömmling Hinterlassene vor dessen Verschwendung schützen will, so muß auch dem Abkömmling die Pflicht auferlegt werden, den Gegenstand ordnungsgemäß zu halten und zu verwahren. Der Abkömmling hat deshalb dafür zu sorgen, daß das Recht des Nachvermächtnisnehmers während der Schwebezeit des Vorvermächtnisses nicht durch Umstände, für die er eintreten muß, vereitelt oder beeinträchtigt wird.

V.

Mittel zur Sicherung des Nachvermächtnisses durch den Nachvermächtnisnehmer.

Von größerer Bedeutung sind bei der so ungebundenen Stellung des Abkömmlings die Mittel, die dem Nachvermächtnisnehmer zur Sicherung der Erfüllung des Nachvermächtnisses in die Hand gegeben sind.

Von vornherein ist zwar das wirksamste Mittel, welches das Vermächtnis am besten dem Nachvermächtnisnehmer erhalten würde, die Verwaltungsentziehung und Sicherheitsleistung des Abkömmlings analog §§ 2128, 2129 BGB bei dem Nachvermächtnis nicht gegeben[45]). Doch dürften auch die anderen, dem Nachvermächtnisnehmer zur Verfügung stehenden Mittel ihm noch Schutz genug vor der Verschwendung des Abkömmlings gewähren und unter Umständen kann der Nachvermächtnisnehmer sogar einen der Verwaltungsentziehung nach §§ 2128, 2129, 1052 BGB entsprechenden Schutz auf einem anderen Wege erreichen.

1.

Nachdem gemäß §§ 2191, 2179 BGB für die Zeit zwischen dem Anfall des Vermächtnisses an den Abkömmling und dem Anfall des Vermächtnisses an den Nachvermächtnisnehmer die Vorschriften der §§ 159—163 BGB Anwendung finden, kann der Nachvermächtnisnehmer, obgleich der Abkömmling bezüglich der Verfügung über das Vermächtnis die volle Bewegungsfreiheit hat, mit Hilfe des § 160 BGB eine gewisse Verfügungsbeschränkung des Abkömmlings erreichen. Denn der Nachvermächtnisnehmer ist unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt und kann daher bei Eintritt der Bedingung vom anderen Teil (bzw. dessen Rechtsnachfolger) Schadensersatz verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt hat. Diese für den Nachvermächtnisnehmer so gut erscheinende Sicherung wird in der Praxis bei dem Nachvermächtnis nach § 2338 BGB aber wohl selten eintreten, da der Nachvermächtnisnehmer in den meisten Fällen auch der gesetzliche und tatsächliche Erbe des Abkömmlings sein wird, also der unmögliche Fall gegeben wäre, daß er von sich selbst Schadensersatz verlangen müßte. § 160 BGB könnte nur dann zur vollen Wirkung kommen, wenn der Nachvermächtnisnehmer als gesetzlicher Erbe des Abkömmlings und der tatsächliche Erbe des Abkömmlings nicht ein und dieselbe Person wären.

[45]) RG in „Recht“ 1910 / Nr. 1600.

2.

Ein anderes, die Sicherung des Vermächtnisses für den Nachvermächtnisnehmer gewährleistendes Mittel, das schon zu Lebzeiten des Abkömmlings Anwendung finden kann, stellt der Arrest nach §§ 916 ff ZPO dar. Der Nachvermächtnisnehmer ist zwar unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, aber das hindert nicht die Zulässigkeit des Arrestes: § 916/II ZPO. Der Nachvermächtnisnehmer hat im Zweifelsfall glaubhaft zu machen, daß eine nicht nur entfernte Möglichkeit des Eintritts der Bedingung besteht, so daß das Gericht dem Arrestgesuch stattgeben kann. Gelingt dem Nachvermächtnisnehmer die Glaubhaftmachung, dann steht dem Erlaß des Arrestes kaum mehr ein Hindernis im Wege, nachdem die Grundlage des Arrestes (§ 917/I ZPO) die Besorgnis, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, leicht glaubhaft gemacht werden kann. Besteht das Vermächtnis in einem beweglichen Vermögen, dann wird dieses gepfändet: § 930 ZPO. Setzt sich hingegen das Vermächtnis aus einem unbeweglichen Vermögen zusammen, einem Grundstück oder einer Berechtigung, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten [46]), so erfolgt die Arrestvollziehung durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung des Nachvermächtnisnehmers. Besteht das Vermächtnis in einer Geldforderung, so wird das Arrestgericht dem Drittschuldner nach § 829 ZPO verbieten, an den Schuldner, den Abkömmling, zu zahlen und zugleich an den letzteren das Gebot erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Neben dem Arrest ist für den Nachvermächtnisnehmer von Bedeutung die einstweilige Verfügung, deren Erlassung der Nachvermächtnisnehmer erwirken kann, wenn zu besorgen steht, daß der Abkömmling durch eine Änderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts des Nachvermächtnisnehmers vereitelt oder wesentlich erschwert. Das Gericht kann hier auf Grund des § 938 ZPO anordnen, daß das Vermächtnis von einem Treuhänder verwahrt und verwaltet wird. Diese Regelung kann nicht nur zur Sicherung von Immobilien angeordnet werden, sondern auch bei Mobilien Platz greifen, wenn diese weder hinterlegt noch an einen Gerichtsvollzieher herausgegeben werden können [47]). Ebenso kann die Sequestration bei dauernden Rechten angeordnet werden [48]). Die Rechte und Pflichten des Sequesters setzt das Vollstreckungsgericht fest. Die Sequestration wird besonders in den Fällen zur Anwendung kommen, wo ein dinglicher Arrest nicht genügt. Wenn jedoch der dingliche Arrest schon als hinreichendes Sicherungsmittel erscheint, ist die Anordnung einer Sequestration nicht erlaubt [49]). An Stelle der Sequestration kann auch die Zwangsverwaltung gemäß § 146 ff ZVG

---

[46]) Solche Berechtigungen sind: das Erbbaurecht (§ 11 d. VO. v. 15. 1. 19) und die Reichsheimstätte (Heimstättengesetz v. 15. 5. 20), ferner die landesrechtlichen Berechtigungen (vgl. Art. 63, 67—69, 196 EGBGB).

[47]) Stein-Jonas, § 938 / Anm. II / 1, Baumbach, § 938 / Anm. 2 am Anfang.

[48]) Stein-Jonas, a. a. O.

[49]) Baumbach, a. a. O.

angeordnet werden [50]). Die Anordnung der Zwangsverwaltung ist jedoch nach der Rechtsprechung nur möglich, wenn sie zur Sicherung der Rechte der Hypothekengläubiger aus § 1134 BGB erforderlich ist [51]). Es erscheint mir unmöglich, dem Nachvermächtnisnehmer das Recht zuzusprechen, die Anordnung der Zwangsverwaltung im Wege der einstweiligen Verfügung veranlassen zu können, weil sein Recht dinglich nicht gesichert ist, wie es z. B. bei Hypotheken der Fall ist. Aus den oben angeführten Entscheidungen muß geschlossen werden, daß die Anordnung der Zwangsverwaltung nur bei Gefährdung eines dinglich gesicherten, also im Grundbuch eingetragenen Rechtes zulässig sein kann. Ist die Veräußerung des das Vermächtnis bildenden Grundstückes zu befürchten, so kann das Gericht ein Veräußerungsverbot erlassen und zum Ausschluß des guten Glaubens die Eintragung dieses Veräußerungsverbotes im Grundbuch bestimmen [52]).

Der Nachvermächtnisnehmer muß natürlich, wenn auch das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind, die Maßregel, die er für zweckmäßig hält, angeben. Denn § 308 ZPO findet Anwendung [53]), und deshalb muß die betreffende Maßregel innerhalb der gestellten Anträge liegen.

Besteht das Vermächtnis in einem Grundstück oder einem ein Grundstück belastenden Recht, so kann der Nachvermächtnisnehmer dieses Recht auch durch die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB schützen. Eine Sicherung nach § 883/II BGB wird aber nur insoweit herbeigeführt, als das Recht des Nachvermächtnisnehmers nicht durch eine Veräußerung des Vermächtnisgegenstandes durch den Abkömmling untergehen kann. Ist dagegen eine anderweitige Sicherung notwendig, dann muß der Nachvermächtnisnehmer einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwirken.

VI.

Sicherung des Vermächtnisses durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung nach § 2223.

Ist der Nachvermächtnisnehmer vom Vorvermächtnisnehmer abhängig, weil der letztere etwa der Vater des ersteren ist, oder ist er noch nicht geboren oder ist überhaupt irgend ein Grund zu der Annahme, daß der Abkömmling seine Pflichten als Vorvermächtnisnehmer nicht richtig erfüllen wird, vorhanden, dann wird es für den Erblasser geraten sein, einen Testamentsvollstrecker nach § 2223 BGB zu ernennen, damit dieser für die Ausführung der dem Vorvermächtnisnehmer obliegenden Pflichten sorgt. Dieser Testamentsvollstrecker braucht unter Umständen gar nicht zum Besitz und zur Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes befugt sein, er hat dann lediglich das Aufsichtsrecht über den Abkömmling, also die Stellung eines Pflegers. Diese Stellung kommt

[50]) RG 52/140, 92/19, Marcus in JW 1913/1028.
[51]) RG 92/18 ff., Seuff. Arch. 64 / Nr. 121/252.
[52]) Stein-Jonas, § 938 / Anm. I / 3 a. E.
[53]) Stein-Jonas, § 938 / Anm. I / 1, RG in Gruch. 48 / Nr. 38/402 unten, RG in Seuff. Arch. 63 / Nr. 215/383.

jedoch dem Testamentsvollstrecker nur dann zu, wenn der Erblasser es so angeordnet hat. Sonst finden auf den Testamentsvollstrecker die für die Testamentsvollstreckung überhaupt geltenden Vorschriften Anwendung [54]).

VII.

Sicherung des Nachvermächtnisnehmers im Konkurs des Vorvermächtnisnehmers.

Kompliziert und undurchsichtig ist die Rechtslage des Nachvermächtnisnehmers im Konkurs des Vorvermächtnisnehmers. Der Vermächtnisgegenstand gehört hier zur Konkursmasse, der Vorvermächtnisnehmer verliert die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis, die auf den Konkursverwalter übergeht: § 6/I/u. III KO. Der Nachvermächtnisnehmer wird nun einfacher Konkursgläubiger. Das Nachvermächtnis ist eine Konkursforderung mit aufschiebender Bedingung und berechtigt als solche nur zu einer Sicherung gemäß § 67 KO [55]), d. h., die auf den Nachvermächtnisnehmer fallende Konkursquote kann nach Abschluß des Konkurses nicht an den Nachvermächtnisnehmer ausbezahlt werden, sondern muß vom Konkursverwalter für den Nachvermächtnisnehmer hinterlegt werden. §§ 168/Ziff. 2, 169 KO. Erst wenn die Bedingung, der Tod des Vorvermächtnisnehmers eingetreten ist, bekäme dann der Nachvermächtnisnehmer den hinterlegten Betrag.

Entgegen dieser Regelung ist nun in § 161/I/1, 2 BGB ausgesprochen, daß bei einer Verfügung des Konkursverwalters über den Gegenstand der Bedingung, also über den Vermächtnisgegenstand, diese Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam wird, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Angenommen diese Vereitelung oder Beeinträchtigung liegt vor und der Nachvermächtnisnehmer könnte von dem Erwerber des Vermächtnisgegenstandes, wenn dieser sich nicht durch § 161/II BGB schützen könnte, den Vermächtnisgegenstand wieder herausverlangen, dann wäre es unter Umständen möglich, daß der Nachvermächtnisnehmer durch den Konkurs des Vorvermächtnisnehmers noch eine bessere Stellung erlangt hat, wie wenn der Vorvermächtnisnehmer nicht in Konkurs geraten wäre, weil er dann den Vermächtnisgegenstand und die für ihn hinterlegte Konkursquote bekommen würde.

Wie kann man diese sich widersprechende Darstellung der Lage des Nachvermächtnisnehmers im Konkurs des Vorvermächtnisnehmers zu einer dem natürlichen Rechtsempfinden entsprechenden Lösung bringen?

Das Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Vorvermächtnisnehmers über den Vermächtnisgegenstand ist belastet mit dem obligatorischen bedingten Herausgabeanspruch des Nachvermächtnisnehmers und der Verpflichtung des Vorvermächtnisnehmers, den Vermächtnisgegenstand ordnungsgemäß zu verwalten und zu verwahren. Ein Verkauf des Vermächtnisgegenstandes ist zwar

[54]) Vgl. unten S. 83 / II.
[55]) Jäger § 3 / Anm. 23.

möglich, aber nicht gestattet. Handelt der Vorvermächtnisnehmer entgegen dieser Verpflichtung, so haften er oder seine tatsächlichen Erben gegenüber seinen gesetzlichen Erben. Diese Verpflichtungen sind nicht dadurch untergegangen, daß der Vorvermächtnisnehmer in Konkurs geraten ist, sondern sie sind insgesamt auf den Konkursverwalter übergegangen. Wenn der Konkursverwalter diesen Pflichten zuwiderhandelt und dem Nachvermächtnisnehmer hieraus ein Schaden erwächst, entsteht eine Masseschuld nach § 59/I KO. Ein Schaden entstünde aber dem Nachvermächtnisnehmer nicht, wenn der Konkursverwalter den Erwerber des Vermächtnisgegenstandes darauf aufmerksam machen würde, daß er ihn bei Eintritt des Nachvermächtnisfalles an den Nachvermächtnisnehmer herausgeben muß auf Grund § 161/I/2 BGB. Dies gilt sowohl für Mobilien (§§ 932 ff BGB) als auch für Immobilien (§§ 892, 893 BGB). Ist der Vermächtnisgegenstand eine Mobilie und ist er im Wege der öffentlichen Versteigerung veräußert worden, dann allerdings schützt den Nachvermächtnisnehmer auch der etwaige schlechte Glaube des Erwerbers nicht: § 935 BGB. Angenommen aber, die Rechtslage ist so, daß der Erwerber den Gegenstand bei Eintritt des Nachlaßvermächtnisfalles an den Nachvermächtnisnehmer herausgeben muß, dann ist er — der Erwerber — praktisch an die Stelle des Vorvermächtnisnehmers getreten. Auch er hat dann die Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung und Verwahrung, darf nicht zum Schaden des Nachvermächtnisnehmers darüber verfügen und macht sich infolge des gegen ihn bestehenden aufschiebend bedingten Herausgabeanspruches schadensersatzpflichtig, wenn er seine Pflichten nicht wahrt. In diesem Falle würde es dann eigentlich keiner weiteren Sicherung des Rechtes des Nachvermächtnisnehmers wie etwa der Hinterlegung der Konkursquote, die auf ihn treffen würde, bedürfen. Die einzige Sicherung würde darin bestehen, daß der Konkursverwalter den Erwerber auf seine spätere Herausgabepflicht und die darin liegende Verwaltungs- und Verwahrungspflicht aufmerksam macht. Der Vermächtnisgegenstand könnte aber im Augenblick der Herausgabe an den Nachvermächtnisnehmer nicht mehr den Wert haben, den er im Augenblick der Veräußerung durch den Konkursverwalter gehabt hatte. Es wäre dann zu untersuchen, ob den Erwerber für diese Wertminderung eine Schadensersatzpflicht trifft. Wird dies bejaht, dann bestünde die Möglichkeit, daß der Erwerber nicht in der Lage ist, den Schaden zu ersetzen. M.E. muß daher auch in dem Falle, daß der Erwerber des Vermächtnisgegenstandes diesen später bei Eintritt des Nachvermächtnisfalles an den Nachvermächtnisnehmer herausgeben muß, die auf den Nachvermächtnisnehmer treffende Konkursquote hinterlegt werden, um den Nachvermächtnisnehmer bei etwaiger Wertminderung des Vermächtnisgegenstandes insoweit schadlos zu halten. Ist der Wert des Vermächtnisgegenstandes nicht gemindert worden, oder wird die Konkursquote nicht in ihrem ganzen Umfang zur Schadloshaltung des Nachvermächtnisnehmers aufgebraucht, dann haben nicht der Nachvermächtnisnehmer, sondern die Konkursgläubiger einen Anspruch auf den Rest der für den Nachvermächtnisnehmer hinterlegten Quote. Diese ist dann im Nachverteilungsverfahren unter die Konkursgläubiger zu verteilen: § 166 KO.

Ist vom Konkursverwalter der Vermächtnisgegenstand dagegen so veräußert worden, daß der Herausgabeanspruch des Nachvermächtnisnehmers gegen den Erwerber des Vermächtnisgegenstandes untergegangen ist, und hat der Konkursverwalter im Augenblick der Veräußerung gewußt, daß der Gegenstand einem Nachvermächtnis unterliegt, dann macht er durch seine Handlung die Konkursmasse dem Nachvermächtnisnehmer haftbar, wie oben schon erwähnt. Der Anspruch gegen die Masse wird aber erst mit Eintritt des Nachvermächtnisfalles fällig. Der Konkursverwalter hat daher den auf den Anspruch entfallenden vollen Betrag (nicht etwa die Quote) für den Nachvermächtnisnehmer nach den Bestimmungen der KO zu hinterlegen. Ist diese Hinterlegung nicht mehr möglich, weil der Konkurs schon beendet, die Masse schon verteilt ist, dann haftet der Konkursverwalter selbst dem Nachvermächtnisnehmer auf Grund § 82 KO. Der Nachvermächtnisnehmer ist ebenso wie der Nacherbe als „Beteiligter" i. S. des § 82 KO anzusehen [56]).

Besteht auch der Anspruch gegen den Konkursverwalter nicht, weil er etwa von der Anordnung des Nachvermächtnisses nichts wußte, so kann der Nachvermächtnisnehmer von den einzelnen Konkursgläubigern den Anteil der ihnen ausgehändigten Konkursquote verlangen, der auf den Erlös des veräußerten Vermächtnisgegenstandes trifft; denn an die einzelnen Konkursgläubiger ist eine Leistung bewirkt worden, zu deren Empfang sie nicht berechtigt waren: § 816/2 BGB.

VIII.

Rechtslage, wenn der Abkömmling auf den Pflichtteil eingesetzt ist.

Erwähnt sei noch die Rechtslage, die sich ergibt, wenn der Erblasser den Abkömmling auf den Pflichtteil eingesetzt und dabei bestimmt hat, daß seine gesetzlichen Erben nach dessen Tod den Pflichtteil erhalten sollen. Die gesetzlichen Erben erhalten dadurch weder die Stellung von Nacherben, weil der Abkömmling kein Vorerbe ist, noch die Stellung von Nachvermächtnisnehmern, weil kein Vorvermächtnisnehmer vorhanden ist (denn der Abkömmling hat seinen Pflichtteil und kein Vermächtnis erhalten). Da jedoch die Lage der gesetzlichen Erben des Abkömmlings hier fast genau die gleiche ist, wie wenn sie Nachvermächtnisnehmer wären, werden sie auch den Nachvermächtnisnehmern gleichgestellt [57]). Die Sicherung des Pflichtteils durch die gesetzlichen Erben des Abkömmlings ist daher die nämliche wie die oben erwähnte Sicherung durch den tatsächlichen Nachvermächtnisnehmer.

IX.

Vergleich zwischen Nacherbfolge und Nachvermächtnis.

Abschließend ist über die sichernde Wirkung des Nachvermächtnisses zu sagen, daß diese einem Vergleich mit den Wirkun-

[56]) Vgl. oben S. 21 / Anm. 80.

[57]) RGR-Komm. § 2338 / Anm. 3, Planck, § 2338 / Anm. 3a, Strohal, § 57 / III / b / aa.

gen der Nacherbfolge (oder der Testamentsvollstreckung) nicht standhalten kann, da insbesondere der Abkömmling als Vorvermächtnisnehmer in seiner Verfügungsgewalt über das Vermächtnis gar nicht wirksam beschränkt und das Vermächtnis dem Zugriff der Gläubiger des Abkömmlings nicht von vornherein während der Schwebezeit entzogen ist. Das Nachvermächtnis wird daher wohl in der Praxis kaum als alleinige Beschränkung nach § 2338 BGB in Frage kommen, sondern meist in Verbindung mit einer Testamentsvollstreckung angeordnet werden. Der Meinung Borcherdts [58]), daß wegen der unzulänglichen Sicherung des Vermächtnisses das Nachvermächtnis nur in Verbindung mit einer Testamentsvollstreckung angeordnet werden kann, möchte ich mich nicht anschließen, denn der Wortlaut des § 2338 BGB spricht in keiner Weise für diese Annahme und auch die Wissenschaft ist der Meinung, daß die in § 2338 BGB aufgeführten Beschränkungen einzeln oder nebeneinander angeordnet werden können [59]).

§ 14.

Sicherung des Nachlasses durch Anordnung der Testamentsvollstreckung.

Schließlich kann der Erblasser nach § 2338 BGB den Abkömmling auch noch durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränken. Diese Testamentsvollstreckung muß notwendig eine verwaltende nach § 2209 BGB sein.

Schon bei der Anordnung der einfachen Testamentsvollstrekkung können die Gläubiger sich zur Befriedigung ihrer Forderungen gegen den Abkömmling an die Substanz des Nachlasses gemäß § 2214 nicht halten. Die Nutzungen des Nachlasses stehen jedoch dem Zugriff der Gläubiger offen, ebenso wie sie im Falle eines Konkurses des Abkömmlings in die Konkursmasse fallen.

Ist aber die Testamentsvollstreckung gemäß § 2338 BGB angeordnet, so werden die Nutzungen insofern geschützt, als § 863 ZPO Anwendung findet. Die Nutzungen sind daher insoweit unpfändbar, als sie zur Erfüllung der dem Abkömmling gegenüber seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten und seinen Verwandten gesetzlichen obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts erforderlich sind. Die besonderen Voraussetzungen und die Auslegung des § 863 ZPO ist die gleiche wie bei der Anordnung der Nacherbfolge nach § 2338 BGB.

Der Rechtsbehelf gegen die Nichtbeachtung des § 863 ZPO ist bekanntlich § 766 ZPO. Seuffert [60]) und Stein-Jonas [61]) wollen jedoch nur dem Abkömmling die Befugnis der Geltendmachung des § 766 ZPO zukommen lassen und bestreiten, daß auch der Testamentsvollstrecker nach § 766 ZPO vorgehen kann, weil er nicht daran ein berechtigtes Interesse haben könne, daß die Nutzungen des Nachlasses dem Abkömmling ungeschmälert zukommen sollen. Diese Ansicht dürfte insofern irrig sein, weil man notwendiger-

[58]) Borcherdt, § 186, S. 574.
[59]) Vgl. oben S. 64 / Anm. 11.
[60]) Seuffert, § 683 / Anm. 3.
[61]) Stein-Jonas, § 861 / Anm. 4, ferner sind dieser Ansicht: Rosenberg, S. 116 / 2. Abs. und Eller, S. 50, a. A. dagegen Petersen, § 766 / II / 4.

weise auch den Testamentsvollstrecker als Interessierten ansehen muß. Der Testamentsvollstrecker ist zur Verwaltung des Nachlasses, soweit er dem Abkömmling zugefallen ist, berufen und hat ein berechtigtes Interesse daran zu verhindern, daß über das Maß des § 863 ZPO hinaus die Nutzungen des Nachlasses gepfändet werden. Der Testamentsvollstrecker hat die letztwillige Verfügung des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB). Mit der letztwilligen Verfügung der Anordnung der Testamentsvollstreckung hat aber der Erblasser bezwecken wollen, daß der Nachlaß vor der Verschwendung des Abkömmlings geschützt wird. Dieser Schutz wird vor allem dadurch herbeigeführt, daß dem Abkömmling zu Gunsten des Testamentsvollstreckers jede Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis in Bezug auf den Nachlaß genommen worden ist und er nach § 2338/I/3 BGB nur den Anspruch auf den jährlichen Reinertrag hat. Der Testamentsvollstrecker hat infolgedessen nicht nur dafür zu sorgen, daß der Abkömmling keine der ihm entzogenen Verfügungen tätigt, sondern daß ihm auch der zugesprochene Reinertrag tatsächlich zukommt. Er muß aus ganz selbstverständlichen Gründen heraus auch die Befugnis haben, nach § 766 ZPO Erinnerungen zu erheben, wenn er eine Gefährdung des Vollstreckungsschutzes befürchtet.

Wird nun vom Gläubiger des Abkömmlings nicht das gepfändet, was der Testamentsvollstrecker als jährlichen Reinertrag an den Abkömmling herauszugeben hat, sondern der Anspruch des Abkömmlings auf den jährlichen Reinertrag, so wird dem Testamentsvollstrecker die Anwendungsmöglichkeit des § 766 ZPO schon deshalb zukommen müssen, weil er in diesem Fall als Drittschuldner erscheint und der Drittschuldner bei der Pfändung unpfändbarer Forderungen das Recht, die Beseitigung der unzulässigen Pfändung nach § 766 ZPO zu verlangen hat[62]). Selbst wenn man infolge des Schutzes des Drittschuldners durch § 836/II ZPO die Befugnis des Testamentsvollstreckers in seiner Eigenschaft als Drittschuldner zur Erhebung der Erinnerungen nach § 766 ZPO nicht ohne weiteres bejahen und zulassen will, so muß er doch fähig sein, nach § 766 ZPO vorzugehen, weil er ein besonderes Interesse an der Innehaltung des § 863 ZPO hat. Wenn ein besonderes rechtliches Interesse an der Beseitigung oder Verhinderung einer unzulässigen Pfändung gegeben ist, muß auf alle Fälle dem Drittschuldner der Rechtsbehelf des § 766 ZPO zustehen.

Im übrigen ist die Stellung der Gläubiger des Abkömmlings und des Testamentsvollstreckers die gleiche wie bei der Anordnung der einfachen Testamentsvollstreckung. Auf die obigen Ausführungen wird daher Bezug genommen.

§ 15.

Verbindung von Testamentsvollstreckung mit der Nacherbfolge, bzw. mit dem Nachvermächtnis.

Auf Grund der in § 2338 BGB genannten möglichen Beschränkungen des Abkömmlings sind noch zwei Variationen möglich,

[62]) Stein-Jonas, § 766 / Anm. II / 3, Sydow-Busch, § 766 / Anm. 1c, Baumbach, § 766 / Anm. 3B, 3. Abs., RG 66/234, 93/77, RG in JW 1900 / 839 / Nr. 3, Gruchot, 28/1164 / Nr. 141, OLG 31 / S. 136/37 / Nr. 3n.

nämlich die Verbindung der Testamentsvollstreckung mit der Anordnung der Nacherbfolge oder eines Nachvermächtnisses.

I.

Verbindung der Testamentsvollstreckung mit der Nacherbfolge.

Eine nähere Besprechung der Auswirkungen der Verbindung von Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge[63]) ist nicht notwendig. Es finden die gesetzlichen Bestimmungen der Testamentsvollstreckung und der Nacherbfolge nebeneinander Anwendung und bieten so eine verstärkte Garantie dafür, daß die Sicherung des Nachlasses gegen die Verschwendung des Abkömmlings tatsächlich so durchgeführt wird, wie es der Erblasser gewünscht hat. Aus den oben erwähnten Gründen muß neben dem Vorerben und dem Nacherben im Falle einer gemäß § 863 unzulässigen Pfändung der Nutzungen des Nachlasses auch hier dem Testamentsvollstrecker das Recht, Erinnerungen nach § 766 ZPO zu erheben, zugesprochen werden. Die Testamentsvollstreckung wird in diesem Fall entsprechend der sich aus dem § 2338 BGB ergebenden Notwendigkeit eine verwaltende sein müssen. Der Nacherbe ist hierdurch in keiner Weise beschränkt. Er hat seine Rechte nicht nur dem Vorerben, sondern auch dem Testamentsvollstrecker gegenüber geltend zu machen. Daneben kann aber der Erblasser auch eine Nacherbentestamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB anordnen, besonders wenn der Nacherbe noch nicht geboren oder noch minderjährig ist. Oben ist schon erwähnt worden, daß es zweckmäßig ist, wenn die Vorerben- und Nacherbentestamentsvollstreckung von zwei verschiedenen Testamentsvollstreckern wahrgenommen wird. Diese Zweckmäßigkeit gilt auch im Falle der Anordnung der Beschränkungen nach § 2338 BGB.

II.

Verbindung der Testamentsvollstreckung mit dem Nachvermächtnis.

Wenn die Testamentsvollstreckung neben einem Vermächtnis für den Abkömmling angeordnet ist, erhebt sich infolge des Wortlautes des § 2223 BGB die Frage, ob die Anordnung der verwaltenden Testamentsvollstreckung — nur eine solche kann hier die vom Erblasser gewünschte Sicherung des Rechtes der Nachvermächtnisnehmer gewährleisten — neben dem Nachvermächtnis zulässig und möglich ist. Das BGB selbst regelt die Frage nicht. Einzig und allein § 2223 BGB behandelt den Fall der Verbindung einer Testamentsvollstreckung mit einem Nachvermächtnis und hier spricht das Gesetz nur von einem Testamentsvollstrecker, der zu dem Zweck ernannt ist, daß er für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt. Der Wortlaut des § 2223 spricht also nicht dafür, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Stellung eines verwaltenden Testaments-

[63]) Vgl. oben S. 59 ff.

vollstreckers einräumen kann[64]). Gerade die so wichtigen Vorschriften der §§ 2209, 2210 BGB würden dann keine Anwendung finden können. Doch wird man auch in diesem Fall die Testamentsvollstreckung als eine verwaltende anordnen dürfen und können (wenn nicht der Erblasser in der letztwilligen Verfügung anders bestimmt hat), wie wenn der Testamentsvollstrecker zur Überwachung eines Erbteils aufgestellt worden wäre. Der Unterschied der beiden Testamentsvollstreckungen liegt nur in dem Unterschied zwischen ihren Schützlingen, nicht aber in einem etwaigen Unterschied zwischen ihren Befugnissen. Daß die Fassung des § 2223 BGB so unglücklich erscheint, kann auch darin liegen, daß die verwaltende Testamentsvollstreckung erst im zweiten Entwurf des BGB erschien und man allem Anschein nach vergaß, den schon im ersten Entwurf stehenden § 2223 BGB der neueingeführten Änderung anzugleichen. Man kann deshalb ohne Rechtsirrtum annehmen, daß auch dem Testamentsvollstrecker nach § 2223 die Befugnisse eines verwaltenden Testamentsvollstreckers zustehen[65]). Der Testamentsvollstrecker, der nach § 2223 ernannt ist, kann die Ausstellung eines Zeugnisses verlangen, worin seine Bestellung nach § 2223 BGB besonders vermerkt ist[66]).

Von besonderer Bedeutung bei der Verbindung der Anordnung eines Nachvermächtnisses und der verwaltenden Testamentsvollstreckung ist die Frage, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung, wenn der Vermächtnisgegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen ist, im Grundbuch eingetragen werden kann. Rost[67]) kommt nur dann zur Bejahung dieser Frage, wenn der Vorvermächtnisnehmer dieser Eintragung zustimmt. Daß diese Zustimmung in der Praxis kaum gegeben wird, braucht nicht erwähnt zu werden. Wird aber die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht eingetragen, dann kann der Vorvermächtnisnehmer jederzeit gegenüber einem gutgläubigen Dritten wirksam zum Nachteil des Nachvermächtnisnehmer verfügen und der Zweck der Anordnung der Testamentsvollstreckung würde illusorisch werden. Eine Eintragung der Testamentsvollstreckungsanordnung von amtswegen wird abzulehnen sein, da das Grundbuchamt von der Ernennung des Testamentsvollstreckers keine Kenntnis erhält; denn im Erbschein ist der Testamentsvollstrecker nicht genannt und wenn der Nachweis der Erbfolge durch die Vorlegung der letztwilligen Verfügung, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, geführt wird, muß das Grundbuchamt die dem Vorvermächtnisnehmer auferlegte Beschwerung ebenfalls von amtswegen nicht eintragen. § 52 (53) GBO scheidet damit aus. Nachdem aber das ausschließliche Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Vorvermächtnisnehmers auf den Testamentsvollstrecker übergegangen ist, ist dieser auch in der Lage, die Zustimmung des Vorvermächtnisnehmers nach § 22/2 GBO zu seiner — des Vorvermächtnisnehmers — Eintragung und zur Eintragung der Anordnung der Testamentsvollstreckung zu ersetzen[68]).

---

[64]) So Planck, § 2223 / Anm. 3.

[65]) RGR-Komm. § 2223 / Anm. 2, Staudinger, § 2223 / 3. Abs., Rosenberg, S. 119 / Abs. 2a, Sachse, in LZ 1932 / 301.

[66]) LG Straßburg, in ZBlFG 1910 / 540 / Nr. 491.

[67]) Rost in DJZ 1909 / Sp. 710.

[68]) S. 54 / Anm. 28.

Ist für den Abkömmling als Vorvermächtnisnehmer die Testamentsvollstreckung angeordnet, so bestimmt sich der Schutz des Vermächtnisses vor allem nach den Vorschriften der Testamentsvollstreckung. Die Gläubiger können daher auf Grund des § 2214 BGB sich an die Substanz des Vermächtnisses überhaupt nicht halten und die Erträgnisse des Vermächtnisses werden gemäß § 863 ZPO so weit geschützt, und der Pfändung durch die Gläubiger des Abkömmlings vorenthalten, als sie zur Bestreitung des standesgemäßen Unterhalts des Abkömmlings und zur Bestreitung der ihm obliegenden Unterhaltspflicht notwendig sind.

§ 16.

Zeitliche Schranken der Enterbung in guter Absicht.

Die zeitlichen Schranken der Enterbung in guter Absicht laut § 2338 BGB bestimmen sich nach den zeitlichen Schranken der einzelnen im § 2338 BGB aufgeführten Beschränkungsmöglichkeiten.

Ist vom Erblasser die Nacherbfolge bzw. die Testamentsvollstreckung allein angeordnet, so kommen die §§ 2109, bzw. 2210 BGB zur Anwendung. Ist vom Erblasser der Abkömmling mit einem Vermächtnis bedacht worden, so kommen nach § 2191 die Bestimmungen der §§ 2162, 2163 BGB zur Anwendung [69]). Der Inhalt dieser Bestimmungen beschränkt die zeitliche Wirksamkeit des Vermächtnisses in der gleichen Weise wie § 2109 BGB die zeitliche Wirksamkeit der Anordnung der Nacherbfolge beschränkt. Insbesondere entsprechen die beiden Ausnahmevorschriften des § 2163 BGB wörtlich den Bestimmungen des § 2109 BGB. Deshalb gilt das bei der Besprechung der zeitlichen Schranken der Nacherbfolge Gesagte auch für das Nachvermächtnis. Ist die Testamentsvollstreckung neben der Nacherbfolge oder einem Nachvermächtnis angeordnet, so besteht in zeitlicher Hinsicht zwischen dem Ende der einzelnen Beschränkungen keinerlei Differenz, da die Schranken immer die gleichen sind. Es kann daher nicht vorkommen, daß die gesetzliche Dauer der Testamentsvollstreckung abgelaufen ist, während der Vorerbe noch Erbe ist und dadurch, der Last der Testamentsvollstreckung ledig, die ganzen Wirkungen der Beschränkungen zu nichte machen könnte. Nur dann könnte die Testamentsvollstreckung eher endigen, wenn sie nicht zu Gunsten des Vorerben, sondern zu Gunsten des Nacherben angeordnet ist, z. B. bis zur Erreichung der Volljährigkeit des Nacherben. Wird der Nacherbe volljährig, so fällt die Testamentsvollstreckung weg, während der Nacherbfall selbst unter Umständen erst bedeutend später eintreten kann.

---

[69]) RGR-Komm. § 2162 / Anm. 1.

E.

Schluß.

Damit ist der Kreis der Möglichkeiten für den Erblasser, seinen Nachlaß gegen die Verschwendung des Abkömmlings wirksam zu sichern, abgeschlossen. Das Gesetz bietet zwar noch mehr Mittel, den Abkömmling zu beschränken, insbesondere Mittel, die zur Aufrechterhaltung und Durchführung besonderer Anordnungen des Erblassers geeignet wären, wie z. B. die Auflage: §§ 2192 ff BGB oder die Auseinandersetzungsanordnung: § 2048 BGB. Doch besteht hier die Gefahr, daß der Abkömmling, der durch die Beschränkung getroffen werden soll, durch die Ausschlagung des ihm Hinterlassenen die lästige Beschränkung abschüttelt und den unbeschränkten Pflichtteil verlangt.

Nur die Anordnungen der Nacherbfolge, der Testamentsvollstreckung und des Nachvermächtnisses werden durch die Ausschlagung des Abkömmlings nicht zum Wegfall gebracht, wenn sie gemäß § 2338 BGB angeordnet worden sind. Da die Grundlage des § 2338 BGB für eine derartige Anordnung zumeist gegeben sein wird, wenn die Verschwendung des Nachlasses durch den Abkömmling in Gefahr steht und diese Grundlage allein den Bestand der Beschränkungsanordnung sicherstellt, war es zweckmäßig, nur diese Beschränkungen zu behandeln.